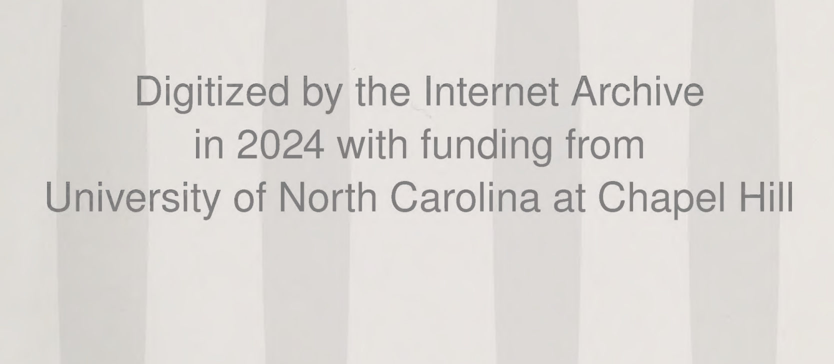


DR. JOSE SANTIAGO RODRIGUEZ
Ex-Profesor de Derecho Romano de la Universidad de Caracas
y de la Escuela de Ciencias Políticas de la misma.

# ELEMENTOS
# DE
# Derecho Romano

## TOMO SEGUNDO

CARACAS
Lit. y Tip. del Comercio
1928

**DR. JOSE SANTIAGO RODRIGUEZ**
Ex-Profesor de Derecho Romano de la Universidad de Caracas
y de la Escuela de Ciencias Políticas de la misma.

# ELEMENTOS
## DE
# Derecho Romano

## TOMO SEGUNDO

CARACAS
Lit. y Tip. del Comercio
1928

# LIBRO SEGUNDO

(Continuación)

## CAPITULO XV

### LEGADOS (Continuación).- FIDEICOMISOS

Como lo está indicando la etimología de la expresión, el fideicomiso no era sino un simple encargo que se le hacía a una persona de que ejecutara lo que se le confiase, una vez muerta la persona que hacía el encargo. Se confiaba en que una persona de buena fe llevaría a efecto el encargo, aun cuando no hubiera ninguna constancia de él, ni sanción ninguna para exigir su cumplimiento, por no ser para el obligado sino un puro acto de conciencia. Tal fué el fideicomiso en su origen; pero bajo Augusto empieza a evolucionar la institución, y de un reconocimiento administrativo, que es ya la base de un derecho para el beneficiario, pasan los fideicomisos a asemejarse a los legados. De aquí también que se los sometiera a determinadas formalidades legales que debían llenarse para darles validez.

Difería el fideicomiso del legado, en que aquél podía confiarse al que recibía alguna parte que fuera

de la herencia del *de cujus,* aun cuando fuera un legatario, al paso que el legado no podía gravar sino al heredero testamentario. En el fideicomiso, por el contrario, hasta el heredero *ab intestato* podía recibir la misión, lo cual era frecuente que se hiciera cuando el testador se paseaba por la hipótesis de que el testamento cayera, en cuyo caso era el referido heredero *ab intestato* quien debía conservar la cosa para hacerla llegar a manos del favorecido. Diferían también el uno del otro, en que *la testamentifactio* que debía existir entre el testador y el legatario, no se exigía cuando se trataba de fideicomisos, al menos en sus comienzos, pues más tarde sí llegó a exigirse. De modo, pues, que un incapaz podía hacer un fideicomiso en los primeros tiempos, y otro incapaz podía beneficiarse con él.

A los comienzos de la institución, ninguna formalidad intrínseca se requería: cualquier fórmula era válida, misma la oral; tampoco se exigía ratificación en testamento del codicilo que lo contuviera. Pero más tarde, y con razón, el derecho del Bajo Imperio ordenó que para que fueran válidos debían ser presenciados por el mismo número de testigos exigidos para el testamento. En cuanto a las causas de caducidad, quedaban revocados por la voluntad contraria del *de cujus,* o por llegar a ser incapaz el beneficiario, después que la *testamentifactio* fué exigida, o porque lo repudiara el mismo favorecido. Es de advertir que el Senado-Consulto

Pegasiano ordenó, respecto del fideicomiso, lo que la ley Falcidia había establecido en favor del heredero testamentario, y que una Constitución de Antonino el Piadoso, ordenó otro tanto respecto del heredero *ab intestato*. Justiniano dió, por último, un paso que se imponía, y que fué equiparar el fideicomiso al legado, desde cuyo momento ya no hubo diferencia entre ellos respecto a las condiciones de validez que debían tener. De aquí que podían hacerse, el uno y el otro, en testamento o en codicilos, hechos por escrito, o bien oralmente ante la presencia de cinco testigos.

### DE LOS EFECTOS DE LOS LEGADOS Y DE LOS FIDEICOMISOS

En este punto, los romanos hacían una distinción entre el momento en que se abría el derecho al legado, *(dies cedit)*, que ellos decían, y aquel en que ese mismo derecho se adquiría definitivamente, *(dies venit)*. Sucedía que no era bastante, para que pudiera ser reclamado el legado, que hubiese muerto el *de cujus* y que hubiera sido abierta su sucesión. Requeríase, además, que el heredero instituido, sobre quien pesaba la carga del legado, hubiera aceptado la herencia. Había, pues, cierto lapso entre la muerte del testador y la aceptación de la herencia, en el cual el mismo legatario podía morir o quedar expuesto a otras causales de caducidad del legado. Para remediar esta injusticia se inventó en Roma la teoría del *dies cedens,* que

hacía trasmisible a los herederos de la persona favorecida por el legado, el derecho que a éste tenía el legatario después que el heredero había hecho adición de la herencia. Además tenía otras ventajas para el legatario la referida teoría como pasaba, por ejemplo, cuando el legado consistía en un rebaño, de cuya existencia número y demás condiciones, había necesidad de dejar constancia antes de que el heredero manifestara que aceptaba la herencia. De aquí, pues, que el *die cessio,* fuera, en la generalidad de los casos, el día de la muerte del *de cujus.* Este momento fué trasportado más tarde, a la fecha de la apertura del testamento; pero bajo el derecho de Justiniano fué de nuevo y, lógicamente, fijado como al principio. Había casos, naturalmente, en que ésto hubiera sido contrario a la misma naturaleza del legado, como pasaba cuando aquél dependía del cumplimiento de alguna condición, o de algún término incierto, y en casos especiales de circunstancias que sin ser condicionales no podían realizarse sino más tarde, como pasaba con los legados de usufructo, uso y habitación, o con el legado hecho a un esclavo, a quien el testamento devolvía la libertad. En estos casos de legados condicionales, la *diei cessio* se verificaba al cumplirse la condición: en los demás, el día en que se hacía adición de la herencia. La teoría a que acabamos de referirnos, fué también aplicada a los fideicomisos.

DIES VENIENS

La teoría de *dies venit* tenía un efecto semejante a la que queda examinada respecto de la aceptación misma del legado o del fideicomiso, considerándolos aceptados antes de que realmente lo fueran, pero dejándole, naturalmente, al favorecido, libre la vía para repudiar más tarde la liberalidad. Hemos visto que en la generalidad de los casos, cuando el heredero hacía adición de la herencia, sabía ciertamente el legatario, y lo mismo el fideicomisario, que tenían una acción cierta contra el heredero para pedirle a éste la entrega de la cosa objeto del legado o del fideicomiso; y que si el uno o el otro dependían de alguna condición, era al cumplimiento de ésta cuando el beneficiario tenía aquel derecho. Pero la regla romana era que de pleno derecho adquirían legatario y fideicomisario su derecho al legado, sin necesidad de hacer constar su voluntad de aceptación en un acto expreso. Cuando aquéllos no expresaban su voluntad en contrario de aceptar el legado o el fideicomiso, la presunción legal era de que habían aceptado. Pero en este punto hay que hacer diferencia entre los principios que regían antes de Justiniano y los que se aplicaban bajo el derecho de éste. Antes de Justiniano había que atender, ante todo, a la clase de legado de que se trataba, porque si era la fórmula *per vindicationem* la que se había escogido, de ella nacía, como

ya lo hicimos notar, una acción reivindicatoria que le daba derecho al legatario de perseguir la cosa legada, no sólo en manos del heredero, sino en las de cualquier detentador. Era indiferente para él que pudiera haber otros acreedores de la herencia, porque su derecho estaba en la cosa legada y era, por consiguiente, preferido a cualquier otro. A esto se agregaba que los frutos naturales o civiles que hubiera producido la cosa legada, también quedaban comprendidos en la acción. Si el heredero enajenaba la cosa o la gozaba, estos derechos no prevalecían contra los del legatario, quien la rescataba de manos de quien la tuviera y libre de gravamen. Cuando se empleaba la fórmula del legado *per damnationem,* el legatario no tenía, como también lo vimos, ninguna acción real para tener su cosa, sino una acción personal que, desde luego, no podía intentarse sino contra el heredero, y no contra los terceros detentadores. La acción era la *ex testamento,* que se consideraba de derecho estricto, y el legatario no tenía derecho a los frutos naturales o civiles de la cosa legada antes de la demanda, ni siquiera a los intereses de la suma legada después de aquélla, por las razones que hemos examinado al hablar de las acciones de derecho estricto. Es de presumirse que en el sistema formulario ocurriera el legatario a hacer insertar en la fórmula las expresiones que si podían conducirlo a obtener aquellos frutos. El derecho preto-

riano corrigió el rigor del derecho civil en este punto, y le daba al legatario, no sólo la *bonorum separatio* como a los demás acreedores del *de cujus,* sino que cuando el legado era condicional o a término le acordaba el derecho de que el heredero prestase caución de la entrega del legado. Cuando la fórmula del legado *sinendi modo* era la que se usaba, entonces tenía el legatario una acción personal también, que era la del testamento, que le daba derecho a exigir los frutos de la cosa legada desde el día en que el heredero estaba en mora de entregarla. Respecto del legado *per praeceptionem,* existían siempre las mismas discrepancias de opiniones entre Sabinianos y Proculeyanos de que ya hemos hablado, y para los primeros la acción era mixta, *(la familiae erciscundae),* y el legado era la fuente de una acción personal, puesto que era un crédito; al paso que para los segundos, la acción era real. Pero ya hemos tenido ocasión de advertir la suerte que cupo a todas estas fórmulas en la evolución del derecho hasta la época en que las fórmulas sacramentales fueron abolidas del todo.

Con respecto al fideicomiso, hasta la época de Justiniano tenía sus diferencias con el legado, que no sólo alcanzaban la forma, como lo hemos visto, sino también el fondo. Desde luego que del fideicomiso no nacía sino una acción personal contra el heredero, amparada, en una época avanzada del derecho honora-

rio, por una acción especial que le daba al beneficiario el derecho de ser puesto en posesión de la cosa que había sido objeto del fideicomiso. El referido derecho personal contra el heredero no le daba derecho al fideicomisario a los frutos civiles o naturales de la cosa, sino desde la fecha en que el heredero estaba en mora de entregarla. El derecho bizantino, bajo la época de Justiniano, introdujo modificaciones de importancia en esta materia de legados y de fideicomisos. Fueron suprimidas las fórmulas de los legados *sinendi modo* y *per praeceptionem,* quedando nada más que las otras dos confundidas en una sola. No había lugar, por consiguiente, a entrar en la apreciación de si era real o personal la acción que nacía del legado, ni si se trataba de una cosa cierta respecto de la cual debía trasmitírsele la propiedad al legatario: la acción que éste tenía para hacerse entregar la cosa legada era real. Si se trataba de otras cosas, como pasaba con una suma de dinero o con otras cosas fungibles, la acción era personal. Además de estas acciones, que garantizaban al legatario contra el heredero y en veces contra los terceros, había un privilegio, una hipoteca legal en su favor, establecida sobre todos los bienes muebles e inmuebles de la herencia, que terminaba por asegurarle plenamente al legatario sus derechos. Finalmente, los legados y los fideicomisos quedaron confundidos en un solo cuerpo.

## PLURALIDAD DE LEGATARIOS

En el lugar correspondiente dijimos, al hablar de la institución del heredero, que el testador podía elegir a una o más personas para dejarles sus bienes. Igual cosa le era permitido al testador que hiciera con los legados, los cuales podían favorecer a un solo legatario, o a varios según la voluntad de aquél, lo que dicho en otros términos equivaldría a decir que el testador en Roma podía darle la cosa legada a un solo legatario o bien darle derecho sobre ella a varios legatarios. A este efecto, distinguía el derecho romano, antes de la época de Justiniano, según que el legado fuera *per vindicationem* o *per praeceptionem,* o que bien tuviera alguna de las otras dos formas, que hemos analizado. En el caso de las dos primeras fórmulas, podía suceder que el testador legase a cada legatario cosas diferentes, en cuyo caso nada de particular podía ocurrir, lo mismo que cuando hacía a cada legatario dueño de la mitad de la cosa o a uno de ellos legatario en los dos tercios, y a otro en el tercio restante. En ninguno de estos casos podía haber dificultad, porque cada legatario sabía, exactamente, el monto de lo que le correspondía y la extensión de su derecho. Pero había otros casos en que el testador lo que hacía era legar la misma cosa a varios legatarios, en una misma cláusula, o bien legarles esa misma cosa a cada uno

en cláusulas distintas. En el primer caso se decía que la disposición era *conjunctim;* en el segundo, que era *disjunctim,* pero en ambos lo que se formaba era una verdadera comunidad entre los favorecidos. Así, por ejemplo, si el testador legaba el mismo esclavo a dos legatarios distintos, cada uno era condueño del esclavo por partes iguales, bien lo hiciera diciendo: lego a Cayo y a Mevio mi esclavo Estico, que así: lego a Cayo mi esclavo Estico: lego a Mevio mi esclavo Estico. Ahora bien, cuando las fórmulas empleadas eran las del legado *per damnationem* o la del legado *sinendi modo,* que lo que hacían nacer eran acciones personales, entonces los principios que se seguían eran los siguientes: si la cosa había sido legada a varios legatarios, conjuntamente, entonces cada legatario tenía una acción contra el heredero por la parte que le tocaba en esa cosa, porque se aplicaba la misma regla de división de la obligación que se hubiera seguido en el caso de una obligación contractual. Pero cuando el legado no había sido hecho conjuntamente, sino por separado, entonces cada legatario tenía una acción personal que le daba derecho a la entrega de la cosa, siendo discutido en Roma si el testador se libertaba contra las acciones de los demás legatarios probando que la cosa ya la había entregado a otro de los mismos legatarios. Después que todos los legados fueron considerados legados *per vindicationem,* desaparecieron todas estas dificultades.

Ahora bien, podía suceder que uno de los legatarios nombrado en el testamento faltase, y en este caso si el legado era *per damnationem* o *sinendi modo*, o bien si se trataba de un fideicomiso, el testador estaba libre respecto de ese legatario que faltaba. Pero si la fórmula empleada había sido la del legado *per vindicationem*, o la del *per praeceptionem*, y a cada legatario se le había dado en el testamento el derecho a esa totalidad, lo que pasaba era que el legatario sobreviviente tenía derecho a esa totalidad, aun cuando si hubiera existido también el otro legatario no hubiese tenido derecho sino a la mitad de la cosa. Este derecho de acrecer entre legatarios, fué modificado por las leyes caducarias, como también lo hicieron estas leyes en materia de herencia. En el sistema anterior al de dichas leyes, el derecho de acrecer era una consecuencia de la identidad de vocación, que era, en el fondo, una simple expresión de la voluntad del *de cujus*, y que como acabamos de verlo, podía hacerlo el testador de dos maneras: *conjuncti*, que equivalía a decir *re et verbis*, o *disjuncti*, que no era sino la conjunción en una misma cosa, pero no en una misma cláusula o por unas mismas palabras: *conjuncti re tantum*. En el sistema de las leyes caducarias, la parte vacante del legatario acrecía, en primer lugar, a los *colegatarii patres*, que eran los colegatarios nombrados en la misma disposición que nombraba al legatario que fal-

taba, que tenían hijos, sin hacer distinción entre un legado que atribuyera un derecho de propiedad respecto de otro que sólo atribuyera un derecho personal o una acreencia en favor del legatario. Se entendía por colegatarios conjuntos, en este caso, los que lo eran *re et verbis* o *verbis tantum.* Se dudaba en el derecho romano si cuando la designación del testador era darles a los legatarios porciones desiguales de una misma cosa, debía aplicarse la citada regla, pero prevaleció la afirmativa, desde luego que no se dudaba cuando la institución era no sólo en las cosas sino en las palabras. Cuando faltaba colegatario conjunto que tuviera hijos, la parte vacante acrecía a los herederos *patres,* y faltando éstos, a otro legatario del testamento que tuviera hijos. No se le daba, en este sistema de las leyes caducarias, ninguna preferencia al colegatario *conjuctus re tantum.* Ahora bien, como en el sistema, en examen, el legatario, a quien favorecía la parte del legado que vacaba, era un sustituto del legatario que faltaba, el legado pasaba a él con las cargas que tenía, *cum onere,* al paso que en el sistema anterior, como ese beneficio lo obtenía en virtud de un derecho propio que tenía y que emanaba de la voluntad del *de cujus,* el derecho de acrecer se realizaba *sine onere.* Debemos decir, por último, que el único legado al que no se aplicaban las leyes caducarias en cuestión fué el legado de usufructo el que siguió siendo

regido por el antiguo sistema. Ello obedecía a que aplicarle los principios de aquellas leyes, hubiera equivalido a desnaturalizarlo, a lo cual se agregaba la particularidad que presentaba dicho legado, en que siendo intrasmisible la parte del legatario que faltaba, bien porque moría o por cualquier otra causa, aprovechaba siempre al colegatario, conjunto o no, regla ésta que había sido siempre aplicada en el curso del derecho romano. [1] En el sistema de Justiniano se aplican las leyes caducarias, y en él, el derecho de acrecer favorece a los colegatarios conjuntos *re et verbis* o *re tantum;* pero como es obligatorio, se verifica *cum onore*, en el primer caso, *sine onore,* en el segundo, porque es facultativo al colegatario aceptar o no. Cuando se trataba de colegatarios *verbis tantum,* no había derecho de acrecer.

### LEGADOS DE UNA CUOTA PARTE DE LA HERENCIA Y FIDEICOMISOS DE LA MISMA

Hemos visto hasta ahora que el testador podía disponer de una cosa hereditaria en favor del legatario. Podía suceder también que no se limitara a una cosa o a varias cosas de la herencia, sino que el legado fue-

(1) Ya hemos observado que según el artículo 939 del Código Civil citado, si se ha dejado un usufructo a varias personas de manera tal que haya entre ellas derecho de acrecer, la parte del que falte, aun después de la aceptación del legado, acrecerá siempre a los demás usufructuarios. Pero si no fuere procedente el derecho de acrecer, la parte del que falte se consolida con la propiedad.

ra dándole derecho al legatario a una cuota parte de la herencia. En el derecho contemporáneo, el legatario que se encontrara en semejante circunstancia sería considerado como un verdadero heredero, mas en Roma no era así, y lo que pasaba era que el referido legatario no se consideraba ser continuador jurídico del *de cujus*, pues sólo lo era el heredero instituido. De aquí resultaba, lógicamente, que el heredero tuviera respecto de sus coherederos la acción de partición, y cuando ese carácter le era negado por sus dichos coherederos, tenía contra ellos la petición de herencia para hacerse reconocer como heredero y partir luego la herencia. Pero ninguna de esas dos acciones las tenía contra el legatario, quien, a su vez, sólo tenía contra el heredero instituido la acción personal que nacía del testamento, o la acción real correspondiente al legado cuando ese era el caso. Pero en la práctica, tropezaban heredero y legatario con un verdadero conflicto, porque no se podía llegar a saber cuál era el monto del legado si no se determinaba antes lo que a ese mismo legatario debía tocarle, así en los créditos como en las deudas del *de cujus* y, legalmente, él no era continuador jurídico del testador, ni en éstas ni en aquéllas. De aquí resultaba que procedieran a un sis-

tema recíproco de estipulaciones por las cuales el heredero se obligaba a darle la cuota parte de los créditos que le tocaran al legatario, y éste a satisfacerle lo que le correspondiera en las deudas. Los romanos llamaban a estas estipulaciones *partis et pro parte.* Con el fideicomiso de herencia pasaba cosa análoga, porque el testador podía encargar al fiduciario de entregarle la totalidad o una cuota parte de la herencia al fideicomisario. En realidad, el fideicomisario, en estos casos, era continuador jurídico del *de cujus,* pero legalmente no lo era, en lo cual no hay que insistir, pues tanto en el caso del fideicomiso como en el del legado, uno y otro caían si el fiduciario y fideicomisario no aceptaban la herencia. De aquí que en la práctica fiduciario y fideicomisario procedieran a hacerse las estipulaciones recíprocas de que fué hecha mención al hablar del legado universal. Pero cuando se trataba de un fideicomiso que abarcaba la totalidad de la herencia, la estipulación a que aquellos recurrían era a una especie de compra-venta de la herencia: *aemptae et venditae hereditatis.* Pero este sistema era complicado en la práctica a causa de los distintos traspasos que debían hacerse, y porque dejaba expuestas a ambas partes a las consecuencias que podían tener los contratos futuros que se hicieran sobre esos mismos

bienes, de donde podía resultar algún saneamiento que diera origen a complicaciones para ambos, en casos de insolvencia. A ésto se agregaba un gran peligro para el fideicomisario, y era que penetrado el fiduciario de todos estos riesgos, optara por repudiar la herencia. De aquí, pues, que se tratara de remediar estos inconvenientes, y a tal efecto, en la época de Nerón, fué promulgado el Senado-Consulto Trebeliano que hizo del fideicomisario, no un comprador de la herencia, sino un verdadero heredero, quedando así eliminados para el fiduciario los inconvenientes que ofrecía el que el fideicomisario no estuviera *in loco heredi* como sí lo colocaba el Senado-Consulto Trebeliano, sino *in loco emptorio,* como estaba antes. Pero siempre quedaba en pie el inconveniente de que, si bien no había riesgo para el fiduciario al aceptar, no había interés ninguno en ello. Este inconveniente fué el que vino a quedar remediado por medio del Senado-Consulto Pegasiano, dictado bajo el imperio del Emperador Vespasiano. El referido Senado-Consulto le dió al fiduciario el mismo beneficio que la Ley Falcidia le concedía al heredero, y con justicia le dió una acción al fideicomisario para obligar a aquél a que aceptara, caso de que no se sintiera movido a ello por el beneficio de esa cuarta parte de la herencia que tenía derecho a rete-

ner. Surgía entonces la duda acerca de si el fiduciario, por el hecho de retener esta cuarta parte de la herencia, era propiamente el solo continuador jurídico del *de cujus* y no el fideicomisario, y si en la práctica tenían que recurrir de nuevo a las estipulaciones recíprocas de que hemos hablado. Prevaleció la doctrina de que así era, aun cuando el fiduciario no hubiese retenido la cuarta de la herencia que tenía derecho a retener. Después del Senado-Consulto Pegasiano debió ser la práctica de los testadores dejarle el cuarto de la herencia al fiduciario, dejando constancia de ello en el testamento. En este caso, así como cuando aceptaba a la fuerza por una orden del Magistrado, el fideicomisario estaba colocado *in loco heredis*. Bajo Justiniano, el fideicomisario estaba siempre *in loco heredis*, por más que el fiduciario hubiera aceptado el cuarto de la herencia que le daba el Senado-Consulto Pegasiano. Estas reglas se aplicaban tanto al fideicomiso como al legado de una cuota parte de la herencia, ya que, bajo este Emperador, quedaron refundidos el fideicomiso y el legado. Sin embargo, no querría ésto decir que entre la institución de heredero y el fideicomiso de una herencia, no obstante el parentesco que los unía, no existían sus diferencias, como eran, entre otras, las siguientes: la institución de heredero no podía hacerse sino en testa-

mento, al paso que el fideicomiso de herencia podía hacerse en codicilo: la primera no podía hacerse sino bajo ciertas modalidades, al paso que esta restricción no la había para el segundo: el derecho del heredero no era, en principio, trasmisible sino a partir de su aceptación, al paso que el fideicomiso universal tenía su *dies cedit* al abrirse la sucesión, y así otras más. [2]

---

(2) Pueden consultarse las obras citadas en el Capítulo anterior, y preferentemente Girard, obra citada.

NOTA.—La Legislación venezolana contiene dos disposiciones especialmente consagradas a los fideicomisos. La primera es la del artículo 954, del Código Civil así concebida: Toda disposición por la cual el heredero o legatario quede con la obligación, de cualquiera manera que esto se exprese, de conservar y restituir a una tercera persona, es una sustitución fideicomisaria. Esta sustitución es válida aunque se llame a recibir la herencia o el legado a varias personas, sucesivamente, pero sólo respecto de los que existen a la muerte del testador.

La segunda disposición es la del artículo 955 del mismo Código, que dice así: La nulidad de la disposición fideicomisaria no perjudica a la validez de la institución del heredero o a la del legado.

## CAPITULO XVI

# APERTURA DE LOS TESTAMENTOS.-REVOCACION Y NULIDAD DE LOS MISMOS

La apertura de los testamentos en el derecho romano vino a ser un acto revestido de formalidades destinadas a darle pública autenticidad, después que la ley Julia *vicesimaria,* promulgada bajo Augusto en 759, entró en vigencia. Ordenaba esta ley que las tabletas revestidas de cera en que aparecía escrito el testamento fueran presentadas al Recaudador del impuesto hereditario, a fin de que los testigos que habían intervenido en el otorgamiento, reconociesen los sellos que habían empleado en el acto. Cumplida esta formalidad, respecto de la totalidad o de la mayoría de estos testigos, se abría el testamento y se lo publicaba dándole lectura. El referido funcionario tomaba una copia, la sellaba con su sello, y la depositaba en su archivo para el caso de perderse o extraviarse el original. Contábase un plazo de tres a cinco días des-

pués de la muerte del testador, para proceder a la apertura y publicación del testamento, con lo cual la ley perseguía la más rápida percepción del impuesto que gravaba a las herencias, y se aseguraba contra cualquiera ocultación o sustracción de valores. No era esencial que todos los testigos comparecieran al reconocimiento de sus sellos, bastando, como lo apuntamos, que la mayoría lo hiciera, y ésto era lo práctico y lo que podía hacerse, porque muchas veces había muerto algún testigo, o estaba ausente, o imposibilitado de asistir al reconocimiento. Sucedía, a veces, que se tropezaba con dificultades cuya solución no era del resorte del referido funcionario sino del Pretor, a quien podía pedírsele que compeliera en ocasiones al depositario del testamento a consignarlo, para su apertura y publicación, y que apremiase a los testigos del acto para el reconocimiento de sus sellos. En el caso de estar ausentes de Roma los testigos, tenía potestad el Pretor para enviarles las tabletas a los ya referidos fines, y podía decidir también, en casos de urgencia, que a la apertura y publicación se procediera sin aquél reconocimiento de los ausentes en cuyo caso llamaba testigos probos que diesen fe del acto, y que copiasen el testamento y lo sellasen, después de hecho lo cual le era remitido a los testigos instrumentales. Cualquier interesado en la sucesión, bien fuera un heredero, bien un legatario, tenía derecho a pedirle al Pretor

que ordenase la consignación del testamento, y si el depositario no lo hacía, quedaba expuesto a una condenatoria que le imponía aquel Magistrado. Ya la ley Cornelia de *falsis,* promulgada en la época de Syla, castigaba severamente al depositario de un testamento que dolosamente se negaba a consignarlo. Un medio más expedito creó después el derecho honorario para este caso, y fué el interdicto de *tabulis exibendi* contra ese depositario quien, por dolo también, había dejado de poseer el testamento. Este mismo interdicto procedía contra el heredero que habiendo conservado en su poder el testamento de que debía dar traslado a los demás favorecidos, se negaba a ello. Sucedía, a veces, que los derechos hereditarios eran litigiosos, y entonces lo que se hacía era depositar el testamento en un templo o en una persona de confianza. (1)

Generalmente, la apertura del testamento fijaba en definitiva, la vocación del heredero instituido a la herencia; pero en ocasiones no era así, como pasa-

---

(1) La apertura, publicación y protocolización del testamento cerrado está reglamentada en la Legislación Venezolana. En efecto, cualquiera que se crea interesado, puede pedir la apertura del testamento cerrado, ante el Juez de Primera Instancia del lugar donde se encuentre el testamento, comprobando la muerte del testador. El Juez, entonces, ordenará la consignación del testamento, verificándose ésta ante dos testigos que darán fe con el Juez y el Secretario del estado en que se encuentre el pliego y si hay o no indicios de haber sido violados o alterados los sellos. Después el Juez cita al Registrador y a los testigos instrumentales, para que reconozcan sus respectivas firmas y la del testador que aparecen sobre la carátula del testamento, declarando, al mismo tiempo, si en su concepto está cerrado y sellado el pliego como lo estaba en el acto de la entrega. Prevé la Ley el caso en que por muerte, en-

ba cuando la institución era condicional, cuando el heredero estaba solamente concebido, o cuando estaba todavía pendiente algún proceso relativo a la calidad de heredero. El Pretor, en el caso de una institución condicional, lo que hacía era acordar la *bonorum possessio secundum tabulas,* quedando el heredero condicional obligado a la restitución de los bienes, bajo fianza en caso de no realizarse la condición. Cuando se trataba del hijo por nacer, se acordaba dicha posesión a la madre, en cuyo caso corrían por la cuenta de la sucesión los gastos del sostenimiento de la madre.

Sentados estos principios debemos examinar los modos de perder su fuerza los testamentos. Hemos expuesto ya las condiciones de forma y de fondo que el derecho romano exigía en esta clase de actos. Cuando todas esas condiciones se reunían, se decía que el testamento era *justum,* porque había sido hecho con arreglo a derecho, *(jure factum).* Si faltaban en

---

fermedad o no presencia del Registrador y testigos o algunos de ellos, no puedan éstos reconocer sus firmas, en cuyo caso bastaría el reconocimiento de la mayor parte, como pasaba en Roma. Puede también suceder que ni el Registrador ni ninguno de los testigos, por las causas anotadas, puedan reconocer sus firmas, y en este caso el Juez está autorizado para abonar dichos testigos y sus firmas y proceder a la apertura del testamento. Esta se verifica siempre en audiencia pública a presencia de dos testigos, en cuyo acto se les da lectura a las disposiciones testamentales, debiendo tanto el Juez como el Secretario y testigos referidos, suscribir el acta que se levantará y firmar al margen cada una de las páginas del testamento, el cual se mandará luego a protocolizar y archivar en el Registro Público, junto con la actuación: (artículos 977 y siguientes del Código Civil).

totalidad o en parte esas condiciones, el testamento era denominado *injustum,* que equivalía a decir que era nulo *ab initio* o inexistente. [2] Pero, a veces, siendo el testamento originariamente válido, un hecho posterior lo hacía anulable. Esto era lo que pasaba cuando un hijo o una hija póstumos, no instituidos ni desheredados por el *pater,* cambiaban, por completo, la situación que existía cuando el testamento había sido otorgado. En este caso, decían los romanos, que esta agnación rompía el testamento, al que calificaban en consecuencia de *ruptum.* [3] Y como todo testamento era esencialmente revocable, y en el fondo, como dice Girard, sólo un proyecto que no venía a ser definitivo sino por la muerte de su autor, resultaba que el testador cambiaba de miras cuando tenía motivos para ello, y revocaba el acto que contenía sus voluntades: en este caso se decía también que el testamento era *ruptum.* [4] Otras veces era un hecho de una naturaleza especial el que sobrevenía: la *capitis deminutio*

(2) Artículo 867, Código Civil citado.

(3) El artículo 942 del Código Civil citado estatuye que las disposiciones, a título universal o particular, hechas por quien al tiempo de su testamento no tenía o ignoraba tener hijos o descendientes legítimos, aun cuando sean solamente concebidos, son revocables por la existencia o superveniencia de un hijo, descubierta aquélla o verificada ésta, después de la muerte del testador, salvo que éste haya previsto en el mismo testamento o en otro posterior o anterior, no revocado ni siquiera tácitamente, el caso de existencia o superveniencia de hijos o descendientes de éstos. Esta disposición es aplicable a la madre natural, respecto a los hijos cuya filiación esté legalmente comprobada.

(4) Artículo 982, Código Civil citado.

del testador, y entonces el testamento, válido en sus comienzos, quedaba fulminado. Los romanos, en este caso, decían que el testamento era írrito o inútil, *irritum*. Todavía algo más podía pasar y era que los herederos instituidos, bien porque les conviniera repudiar la sucesión, o porque se hacían incapaces antes de aceptarla, o porque habían muerto, no recogían la herencia, y entonces se decía que el testamento era *destitutum* y también *desertum*. Ahora bien, en los casos en que por faltarle al testamento alguna formalidad o algún requisito esenciales, como pasaba, en cierta época, con el sitio que debía tener la institución de heredero, o el cumplimiento fiel de las formalidades que el derecho exigía para que el acto fuera *jure factum*, o porque el testador era incapaz de testar cuando hizo el testamento, y así en otros casos más en que el testamento se consideraba *injustum ab initio*, era la regla que ningún acto posterior podía darle vida jurídica, porque lo que era vicioso en su origen no lo podía hacer convalecer el tiempo: *quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.* [5] Con arreglo a este canon sucedía, que si el hijo no instituido ni desheredado en el testamento por su padre moría antes de éste, como esta omisión acarreaba de plano la nulidad del testamento, éste permanecía nulo debido al

(5) Artículo 1.378, Código Civil citado.

rigor del derecho civil. Esta inflexibilidad la atemperó más tarde el derecho honorario, y el Pretor le daba la posesión de bienes *secundum tabulas* al heredero instituido.

Volviendo ahora sobre el testamento que rompía la voluntad del *de cujus,* ejerciendo su derecho de revocación, debemos advertir que en Roma la existencia de un nuevo testamento entrañaba la revocatoria del anterior, y no se podía llegar a ésto sin pasar por aquel nuevo otorgamiento. Resultaba de aquí que cuando el testador quería revocar algún testamento anterior que había hecho, o modificarlo, simplemente, estaba obligado a otorgar otro testamento, en el cual no sólo debía hacer una institución de heredero sino que el segundo testamento no podía dejar en pie una o más disposiciones del anterior: la regla del derecho civil era inflexible: el testamento anterior quedaba *ruptum* cuando el testador otorgaba uno nuevo, porque al hacerlo se presumía, *juris et de jure,* la revocatoria del primero. [6] A veces el testador, sin llegar a otorgar otro testamento, expresaba su voluntad de revocación, como sucedía cuando destruía el testamen-

(6) En el derecho venezolano el testamento posterior, que no revoque de una manera expresa los precedentes, no anula en éstos sino las disposiciones incompatibles con las nuevas, o las que les sean contrarias. Por lo demás, la revocación hecha por un testamento posterior tendrá pleno efecto, aunque este nuevo acto quede sin ejecución, por morir el heredero instituido o el legatario antes que el testador, porque sean incapaces, o porque renuncien a la herencia o al legado: (artículos 984 y 985, Código Civil citado).

to, o rompía los sellos que lo protegían, o testaba la institución de heredero. A la luz del derecho civil, que no admitía la revocatoria de un testamento sino por otro testamento, el que se había hecho seguía considerándoselo válido; pero el Pretor, que no podía admitirlo como testamento pretoriano, ni podía tampoco considerarlo válido como expresión de la voluntad del mismo testador, quien en una forma material, había dado muestras de que quería arrebatarle al instrumento su primitiva validez legal, lo que hacía era darles la *bonorum possessio* a los herederos *ab intestato* del *de cujus,* a quienes concedía además una excepción de dolo para que rechazaran la petición hereditaria del heredero testamentario. Por el contrario, cuando eran las tabletas de un segundo testamento las que destruía el testador, el mismo derecho pretoriano admitía que este acto le daba vida al primero, y a los herederos instituidos en este primer testamento pretoriano les laba la *bonorum possessio secundum tabulas.* El derecho imperial introdujo una reforma que debía contribuir a una solución práctica y justa del conflicto; y a la vez que introdujo nuevos procedimientos para la revocatoria de los testamentos, permitió que se hiciera uno nuevo sin que necesariamente quedara revocado el primero. Una Constitución imperial, promulgada bajo Teodosio II y Honorio, dispuso que por el solo trascurso de diez años perecería el

testamento. Justiniano derogó este principio; pero admitió que dicho plazo cubriría cualquiera revocatoria irregularmente hecho con tal de que dieran fe de ella tres testigos, o se la hiciera por acto público ante una autoridad. Teodosio II y Valentiniano, respectivamente, ordenaron en otra Constitución que un testamento que llamara a la sucesión a los herederos *ab intestato*, aun cuando fuera *imperfectum*, podía revocar un testamento anterior, si cinco testigos comprobaban la existencia de tal testamento. A todo ésto se agregaron los cambios introducidos por el codicilo, que luego examinaremos, y por los fideicomisos, que resolvían el problema de hacer nuevas disposiciones testamentarias, sin necesidad de revocar totalmente los anteriores. Debemos también hacer notar que desde la época de Adriano, había ordenado este Emperador que el heredero testamentario que le hubiera impedido al *de cujus* modificar su testamento, o el heredero legítimo que le hubiera impedido testar, fueran excluídos por indignos, aprovechándose el Fisco de la porción que les hubiera correspondido, ora en la sucesión testamentaria, ya en la *ab intestato*.

Respecto de la anulación del testamento por la *capitis deminutio* del testador, prevaleció la regla que acarreaba aquella nulidad. Cuando era el heredero instituído quien la sufría, la pérdida de la ciudadanía, que aquel padeciera, traía por consecuencia la in-

firmación del testamento, y lo mismo cuando el heredero se hacía *servus paenae*, pero no cuando era simplemente esclavo de su dueño que tenía *testamentifactio* con el testador. Tales eran los pronunciamientos del derecho civil; pero el derecho honorario concedía la *bonorum possessio secundum tabulas* al instituido si el testador había recobrado su capacidad. Con todo, cuando la *capitis deminutio* era un acto voluntario del testador, como pasaba con la arrogación, se necesitaba que aquél, después de recobrada su capacidad jurídica, categóricamente hubiera declarado que quería validar su testamento hecho con anterioridad a la *capitis deminutio* padecida.

### QUERELA DE INOFICIOSO TESTAMENTO

Con arreglo al derecho consuetudinario se había establecido en Roma la práctica, por parte de los ascendientes, de dejar una parte de su fortuna a los parientes más próximos. Cuando el testamento revestía la forma de un acto que se verificaba ante los Comicios, los Pontífices y el pueblo debieron velar por el cumplimiento de este deber. Pero después que esta forma de testar cayó en desuso, y el principio que regía era el de la libertad de testar, una serie de transgresiones al citado deber debieron hacer comprender la necesidad de asegurar el respeto a las costumbres por otros medios, y de aquí que los Magistrados no se pres-

taran a ejecutar los testamentos contrarios al referido uso. En cambio, cuando el testamento había sido hecho *ex officio pietatis,* como decían los romanos, para calificar los testamentos en los que el testador se ceñía a lo que a tal respecto tenían establecido las costumbres, el acto era inatacable, a menos que lo fuera por alguna de las causas que la ley tenía establecidas y que hemos examinado anteriormente. Hemos visto que el testador tenía el derecho de desheredar y de omitir el nombre de su heredero en el testamento, pero al derecho absoluto que pudiera haber existido para hacerlo, es el caso que una práctica secular había impuesto el deber de que una parte de la fortuna, al menos, pasara a los más próximos parientes del *de cujus,* como ya lo dijimos, y de aquí que con el transcurso del tiempo el ejercicio del derecho de desheredar estuviera compensado por el que tenía el desheredado de atacar, por medio de la querela de inoficioso testamento, el acto del *de cujus,* cuando no aparecía justificado por un motivo plausible. Era muchas veces el testamento que se hacía la expresión de faltarse a un deber de afección, y de aquí las palabras de Paulo al referirse al testamento inoficioso: *quod non ex officio pietatis videtur esse conscriptum.*

Sería entrar en un terreno de puras conjeturas, tratar de precisar la época en que se les reconoció a

los hijos el referido derecho de atacar el testamento de sus padres; pero el caso es que, al principio, fundáronse los jurisconsultos en que no podían testar los que padecían de enajenación mental, y que tampoco habían tenido capacidad para hacer un testamento válido, el padre que, poniendo a un lado hasta los instintos mismos que la naturaleza le inspiraba, desheredaba al hijo sin tener un motivo perfectamente justificado para hacerlo. La referida ficción asimilaba al padre que tal hacía, al que, por estar enajenado, carecía de la libertad de testar: *quasi non sanae mentis,* era la expresión de que se valía el lenguaje de los jurisconsultos. La desheredación, pues, debía tener una causa justa, y cuando estaba hecha con arreglo a las formalidades que estaban establecidas por el derecho romano, surtía todos sus efectos legales. El Juez apreciaba los motivos de la desheredación en cada caso, y cuando no los encontraba justos, declaraba con lugar la querela de inoficioso testamento. Pero Justiniano, con razón, cambió esta regla, y las Institutas fijaron, clara y categóricamente, las causales por las que le era permitido al padre desheredar al hijo. Estas causales eran las siguientes: 1ª, las vías de hecho contra los ascendientes; 2ª, las injurias verbales graves; 3ª, el acusarlos criminalmente, a menos que se tratara de delito contra el Estado o contra el Príncipe;

4ª, la asociación con envenenadores o la participación en este delito; 5ª, atentar, de cualquier modo, a la vida de los ascendientes; 6, tener comercio ilícito con la mujer o con la concubina del ascendiente; 7ª, causarles, por una declaración falsa, una pérdida considerable en sus bienes; 8ª, negarse a salir fiador por el ascendiente, contra la voluntad del padre, había seguido había pedido que lo hiciera y el descendiente podía hacerlo; 9ª, cuando el descendiente había tratado de impedirle al ascendiente que hiciera un testamento o que modificara el que tenía hecho; 10ª, cuando el descendiente, contra la voluntad del padre había seguido a una compañía de gladiadores o de gentes que daban espectáculos, y había tomado parte en sus ejercicios, a menos que los padres hubieran sido de la misma profesión; 11ª, cuando la hija o la nieta se entregaban a una vida licenciosa, no obstante haberles prometido sus padres o abuelos casarlas y dotarlas con arreglo a sus facultades. Este caso tenía una excepción, y era, cuando la hija había cumplido 25 años y el matrimonio se dilataba; 12ª, cuando el hijo o nieto abandonaban al padre o al abuelo que habían caído en demencia; 13ª, cuando el descendiente no había redimido del cautiverio al ascendiente; 14ª, cuando el hijo ortodoxo se hacía hereje desechando la autoridad

de los cuatro primeros Concilios ecuménicos. (7) Los descendientes: hijo y nieto, podían intentar la querela de testamento inoficioso, contra el testamento del ascendiente, cuando éste los desheredaba por puro capricho y no por alguna de las causales que quedan enumeradas. A veces no había desheredación sino omisión del descendiente, en cuyo caso el testamento era nulo, si el hijo o el nieto omitidos estaban en potestad. Si el hijo estaba emancipado y por este motivo el padre lo omitía, el Pretor le daba a aquél la *possessio contra tabulas*. Ya en esta época de Justiniano a que venimos refiriéndonos, la querela de inoficioso tes-

---

(7) El derecho venezolano establece, como regla general, que toda persona es capaz de suceder, salvo las excepciones determinadas por la ley: (artículo 800, Código Civil citado). Pero luego en el artículo siguiente entra a enumerar, como ya lo hicimos notar, las causales que hacen incapaces de suceder a las personas que están comprendidas en ellas, y que, en su fondo, comprenden los casos del derecho romano. Así son incapaces, según el referido artículo:

1º—El que voluntariamente haya muerto o intentado dar muerte a la persona de cuya sucesión se trata, a su cónyuge o a sus ascendientes o descendientes.

2º—El que la haya acusado de un hecho punible que merezca pena de prisión, por lo menos, si la acusación se hubiese declarado calumniosa en juicio.

3º—El que la haya forzado a hacer testamento o a reformar el que ya hubiese hecho.

4º—El que le haya impedido hacer testamento o revocar el que tuviese hecho; o haya suprimido, ocultado o alterado un testamento no revocado de la misma persona.

5º—El condenado en juicio por adulterio con la mujer del *de cujus*.

6º—El pariente del *de cujus* que, sabiendo que éste se hallaba loco, demente o en alguna gran indigencia, no cuidó de recogerlo o socorrerlo, o hacerlo recoger o socorrer, habiendo podido hacerlo.

7º—Los padres que hayan abandonado a sus hijos menores de quince años, o que los hayan corrompido o prostituidos, o tratado de corromperlos o prostituirlos, cualquiera que sea la edad de los hijos.

tamento que había venido fundándose en la ficción de que quien desheredaba sin causa lo hacía porque no estaba en su cabal juicio, había sido abandonada, y la referida acción no era sino el medio legal y directo que tenía el heredero, con derecho a legítima, de reclamar lo que por este concepto le pertenecía. Entendíase por legítima la porción de la herencia que correspondía de pleno derecho a los descendientes, a los ascendientes en su defecto, y a falta de unos y otros a los hermanos, y la cual, aun cuando incierta antes de la Ley Falcidia, a imitación de lo que ésta establecía, le daba al heredero legitimario, que no había dado causa a la desheredación o a la omisión, el derecho a recibir el cuarto de lo que hubiera tenido como heredero *ab intestato: cuarta legitimae partis,* llamada también *debitum naturale, debitum bonorum subsidium.* [8] En el cálculo de esta cuota se hacía figurar todo lo que el heredero había recibido del *de cujus* por causa de muerte, excepción, únicamente, de las donaciones intervivos. Justiniano modificó esta cifra, decidiendo que sería para los descendientes el tercio de la parte *ab intestato,* si el *de cujus* dejaba cuatro hijos o menos, y la mitad, si dejaba más de cuatro. Más tarde decidió que

(8) Artículos 868 y siguientes del Código Civil citado. La legítima, en el derecho venezolano, como ya lo hicimos notar, es una cuota de la herencia que, como en el derecho romano, se da en plena propiedad a ciertas personas: descendientes, legítimos e ilegítimos, ascendientes, y cónyuge sobreviviente, y que el testador no puede someter a ninguna carga ni condición.

los legitimarios no debían ser instituidos por esta parte, sino por una fracción cualquiera de ella, si eran ascendientes o descendientes. [9] De que la querela de testamento inoficioso había llegado a ser un medio para reclamar la legítima, era la mejor prueba que la Ley la daba, en primer lugar, a los descendientes, después a los ascendientes y a falta de los unos y de los otros, a los hermanos, que eran precisamente las personas a quienes se consideraba con derecho a ella como lo hemos visto. Además, cuando el heredero legitimario recibía por testamento sólo una parte de lo que le hubiera correspondido por legítima, en vez de intentar la querela lo que hacía era demandar, por medio de la acción *ad supplementum*, la porción restante, hasta complementar aquélla, pero siempre que el testamento les hubiera reservado el título de heredero. [10] Diferenciábanse, con todo, ambas acciones, porque la primera, como acción rescisoria, duraba cin-

(9) Estas decisiones del citado Emperador han sido vivamente criticadas por los autores. Puede verse a Girard, obra citada.

(10) Esto era perfectamente justificado a la luz del derecho romano, como lo observa Gómez de la Serna, pues la desheredación era una mancha que no se borraba aun cuando fuera resarcida la persona; y comoquiera que tenía que fundarse en una causa grave, y como la clasificación de las que Justiniano adoptó revelaban un crimen o al menos una falta grave y vergonzosa en el desheredado, justo era que no se le cerrara el camino para poder comprobar la iniquidad de una calumnia que lo oprimía. Así era que no bastaba, para impedir la querela, dejar una manda o un fideicomiso al desheredado, sino que era menester que lo que obtuviera del testador fuera con el título de heredero. Era, pues, cuando se le dejaba este título, si no tenía íntegra la legítima, cuando podía completarla valiéndose de la acción *ad supplementum*. (Autor citado, obra y tomo citados).

co años, según Ulpiano, o hasta la muerte del testador según Modestino, al paso que la segunda, como personal que era, duraba treinta. Distinguíanse también en que la acción *ad suplementum* pasaba a los herederos si no había sido intentada por el causante, al paso que la otra no. Diferenciábanse, por último, ambas acciones, en que el ejercicio de la *ad supplementum* envolvía la renuncia a intentar la querela, al paso que ésta no se entendía renunciada sin una declaratoria expresa.

Hemos dicho que los descendientes también tenían derecho al ejercicio de la acción en examen, y era que aun cuando menos frecuentes, también se daban los casos de que el hijo, de quien era heredero legitimario el ascendiente, se veía obligado a desheredar a éste por una causa justa. No eran éstas tan numerosas como las que hemos señalado en el caso contrario en que era el ascendiente quien desheredaba, pero pueden agruparse así: 1ª, cuando el ascendiente había acusado al descendiente de algún delito que merecía pena capital, a no ser que fuera contra el Estado o contra el Príncipe; 2ª, cuando el ascendiente atentaba de cualquier modo a la vida del descendiente; 3ª, tener comercio ilícito con la mujer o concubina de éste; 4ª, cuando el ascendiente le había impedido hacer testamento respecto de los bienes de que podía disponer; 5ª, cuando por medio de medicamentos se había pre-

tendido extraviar la razón del descendiente; 6ª, cuando habiendo caído el descendiente en estado de demencia lo había abandonado y no cuidado de él el ascendiente; 7ª, cuando no había hecho esfuerzos para libertar del cautiverio al descendiente; 8ª, cuando los padres de un hijo ortodoxo habían incurrido en herejía.

Respecto del ejercicio de la querela de inoficioso testamento por parte de los hermanos, debemos observar que ella no debía entenderse sino respecto de los agnados, pero que cambiado más tarde por Justiniano este régimen por él de la cognación, e igualados los hermanos consanguíneos de doble conjunción a los que lo eran sólo por simple conjunción, el ejercicio de la acción correspondió desde entonces a estos hermanos uterinos y a los germanos. Debemos, sin embargo, hacer notar que en razón, el ejercicio de la querela de inoficioso testamento era más amplio cuando se trataba de descendientes y de ascendientes que cuando correspondía a los hermanos. En efecto, cuando se trataba de los dos primeros, no importaba que la persona instituida fuera digna; pero en cambio, cuando se trataba de hermanos, era preciso que el instituido fuera una persona vil. Había causas justificadas para que el hermano no instituyera al hermano de heredero, y eran: la de haber puesto asechanzas al desheredado; la de haberle acusado de algún delito; y la de haberle causado una gran pérdida en sus bienes. Pasaba, a veces, que era el tutor el que se veía obligado a intentar

la querela de inoficioso testamento en representación de los derechos de su pupilo. Disponía el derecho de Justiniano, en este caso, que si alguna manda le había sido dejada al pupilo en el testamento del ascendiente, manda que el tutor recogía de la herencia en ejercicio de su deber de tutor, ésto no quería decir que reconocía la validez del testamento. Tan era así ésto que el tutor podía intentar personalmente la querela, si tenía derecho a ella por no habérsele dejado nada en el testamento que contenía la manda del pupilo. Por el contrario, cuando ese mismo tutor intentaba la querela en nombre del pupilo a quien nada se le había dejado, y sucumbía en el juicio, no perdía el legado que hubiera podido dejársele en el testamento. Ahora bien, cuando nos referimos a la manera como debía calcularse la legítima, dijimos que debía traerse a colación todo lo que el legitimario había recibido por causa de muerte, quedando excluídas las donaciones *inter vivos*. El derecho clásico había dejado intacta esta situación; pero las Constituciones imperiales extendieron a ellas el sistema de la querela y otro tanto fué hecho con la institución de la dote, como más adelante lo veremos. Una Constitución de Alejandro Severo parece haber sido el origen de esta reforma. De entonces en adelante, el legitimario tenía el derecho de que se le trajeran a colación también, estas liberalidades que podían haber disminuído su legítima. Dábase la acción, que se llamaba querela *inofficiosae donationis dotis,* a las mismas personas

en cuyo favor se había establecido la otra, y sometida, como esta última, a las mismas condiciones de admisibilidad. Pero así como el efecto que producía la *querela de testamento inoficioso* era la de la apertura de la sucesión *ab intestato,* toda vez que el testamento que ella atacaba caía por su base, en el caso de la querela que nos ocupa, lo que hacía el legitimario era lograr la ineficacia de las liberalidades testamentarias o de las mandas que el testador había ordenado, y que disminuían su legítima, y cuando ésto no bastaba, obtenía la nulidad de las donaciones *intervivos* que había hecho en vida su causante, comenzando por las que tenían fecha más reciente. No era, pues, que la donación misma que se consideraba excesiva se anulara, sino que, simplemente, se la reducía por medio de la referida querela. [11]

(11) Las disposiciones testamentarias que exceden de la porción disponible se reducirán a dicha porción en la época en que se abre la sucesión, según la legislación venezolana, y la ley concede cinco años para intentar la acción: (artículo 875, Código Civil citado). Ahora bien, para determinar la reducción se formará una masa de todos los bienes que pertenezcan al testador en el momento de la muerte, con deducción de las deudas. Se reunirán luego, ficticiamente, los bienes de que él haya dispuesto a título de donación durante los diez úlimos años de su vida, según el valor que tenían en la época de la donación, si son bienes muebles, y según el estado que tenían en la época de la donación y el valor que tengan en la época de la muerte del donador, si son inmuebles. Formada así la masa, se calcula la porción de que el testador haya podido disponer. Cuando el valor de las donaciones excede de la cuota disponible o es igual a ella, todas las disposiciones testamentarias quedan sin efecto. Si dichas disposiciones exceden de la cuota disponible o de la parte que de ésta quedara después de hecha la deducción del valor de las donaciones, la reducción se hará proporcionalmente, sin hacer distinción entre quienes tengan el carácter de herederos y quienes tengan el de legatarios. Debe advertirse, en este punto, que el testador goza del derecho de ordenar que una liberalidad tenga efecto con preferencia a las demás, en cuyo caso tal disposición no se reducirá sino en tanto que el valor de las otras liberalidades no baste a completar la porción legítima: (artículos 876 y siguientes, Código Civil citado).

## CAPITULO XVII

## CODICILOS.- SUCESION AB INTESTATO. ADQUISICION Y REPUDIACION DE LA SUCESION

El codicilo en Roma era un acto de última voluntad unilateral e irrevocable, en que se disponía de alguna cosa para después de la muerte, pero sin designación de heredero directo. En esto se diferenciaba, esencialmente, del testamento. Este último, como principal que era, formaba como un *codex,* digamos, cuya etimología, como se ha pretendido, venía de *caudex* que era la corteza del árbol en que se escribían antiguamente las últimas voluntades. Codicilo era un diminutivo de *codex.* Sucedía, con frecuencia, que después de hecho un testamento, deseaba el testador encargarle a su heredero de hacer alguna cosa, que había olvidado encargarle en el testamento, y entonces le escribía, con tal motivo especial, una carta que se acostumbraba llamar codicilo. Etimológicamente,

pues, codicilo es como si dijeramos testamento pequeño. [1]

Antes de la época de Augusto no se conocían los codicilos. Pero Lucio Léntulo, a quien se atribuyen los primeros actos de esta clase, estando en Africa, a punto de muerte, escribió varios codicilos, que confirmó luego en testamento y en los cuales hizo algunos encargos a Augusto valiéndose de la forma del fideicomiso, que el Emperador respetó y ejecutó. La hija de Léntulo, por su parte, entregó los legados que su padre había ordenado en actos análogos. Sometió el referido Emperador a los más notables jurisconsultos de la época el punto de si podían ser o no reconocidos legalmente los codicilos, según los creyeran no contrarios o contrarios al derecho civil, y la respuesta fué que no sólo no se oponían al derecho civil, sino que su uso era al par de conveniente, de necesidad para los ciudadanos, principal y señaladamente en los casos en que, comprometidos aquéllos en largos viajes, les era, a veces, imposible otorgar testamento, debido a todas las formalidades de que que estos últimos debían estar revestidos. Más tarde Labeón otorgó codicilos, y ésto hizo que cobraran, de-

(1) En el derecho venezolano no hay diferencia entre testamento y codicilo. En la práctica se designa, bajo este último nombre, al testamento que no deroga en totalidad otro anteriormente hecho sino que lo modifica parcialmente, o contiene una o varias disposiciones de última voluntad que no aparecían en el primero.

finitivamente, plena validez. Desde luego que no podían hacer codicilos sino aquellos que podían hacer un testamento; pero debe observarse que esta condición vino a exigirse expresamente después que al codicilo se le reconoció plena validez legal, para que, valiéndose de él, se pudiera disponer de los bienes. Exigía, además, la ley, que el otorgante tuviera intención de hacer un codicilo, porque si no la había tenido, el acto era legalmente ineficaz. No era éste un principio especial que regía en materia de codicilos, sino una regla que se aplicaba al testamento. Con arreglo a ella se resolvía fácilmente un caso que daba lugar a dudas, y que era éste: se exigía para la validez de los codicilos que fueron autorizados por cinco testigos, al paso que la misma ley exigía siete para los testamentos. Si resultaba que se había otorgado el testamento ante cinco testigos solamente, no se podía pretender que valiera al menos como codicilo, porque el elemento intencional en el otorgante tenía capital importancia. De aquí resultó que por evitar la caducidad y nulidad de los testamentos, terminaron los testadores por insertar en aquéllos lo que se llamó cláusula codicilar, por la que establecían que, si el acto no llegaba a valer como testamento, valiera, al menos, como codicilo. Esta cláusula se consideraba siempre inserta en el testamento militar, aun cuando el testador no hubiera tenido el cuidado de que formara parte de aquél.

Era perfectamente natural que cuando empezaron a ser practicados los codicilos no se hubieran señalado las formalidades que debían llenarse en ellos para su validez. Pero más tarde, cuando llegaron a tenerla, sí fueron pautadas por la ley dichas formalidades. Hemos visto que los primeros codicilos eran cartas de que se valía el testador para disponer de alguna cosa de su patrimonio, lo cual lógicamente hacía después de haber otorgado su testamento. El codicilo, pues, comenzó por ser un acto escrito; pero más tarde se admitió que también verbalmente podía el *de cujus* ejercer este derecho, y el codicilo podía ser nuncupativo. Con respecto al número de testigos que debían intervenir en él, ya adelantamos que era el de cinco, como un símbolo de las cinco clases en que se sabe que Servio Tulio había dividido a los ciudadanos. El hecho de haber sido el codicilo un acto para el que no se exigían todos los rigores que el derecho civil exigía para los testamentos, ha suscitado la duda respecto de si las mujeres y los extranjeros podían intervenir en él dando fe de su otorgamiento. Pero ha prevalecido la opinión de los que opinan por excluir a las unas y a los otros de poder servir de testigos. Por lo demás, el codicilo podía preceder o seguir al testamento, y así como éste no podía ser sino uno, los codicilos podían ser muchos. Había, sí, una diferencia esencial entre ambos actos, como ya lo observamos, y era que en el

codicilo no se podía hacer una institución de heredero, ni un legado, ni un nombramiento de tutor. El codicilo era apto para el fideicomiso, propiamente, porque para los demás actos que acaban de enumerarse, excluido naturalmente el primero, necesitaban estar confirmados por testamento. Cuando este último requisito se llenaba, entonces podían contener la institución de uno o más legados, el nombramiento de un tutor, y por ende fideicomisos. Podía también el codicilo, confirmado por testamento, revocar o transferir legados y dar la libertad de un modo directo. No podían contener los codicilos institución de herederos, ni desheredaciones, ni tampoco la imposición de una condición a la institución pura y simple que contenía el testamento, lo cual lógicamente se prohibía atendido a que ello hubiera equivalido a la revocatoria de la institución del heredero, caso de no realizarse la condición. Por el contrario tampoco era permitido cambiar, por medio del codicilo, en pura y simple, la institución condicional que aparecía en el testamento: por las mismas razones que militaban en estos casos, tampoco era permitido hacer sustituciones por medio de los codicilos. Con todo, desde el momento en que al *de cujus* le era permitido distribuir la totalidad de su patrimonio en fideicomisos, y para este objeto el codicilo era el órgano más adecuado, sucedía que cuando este caso se realizaba, el testamento, en sí, resultaba inne-

cesario. Hasta llegó a dudarse, en el derecho romano, cuando el codicilo había precedido al testamento, si éste no revocaba aquél, triunfando, al fin, la opinión de los que sostenían la negativa. Pero era muy singular que por lo mismo que sólo en el testamento podía haber institución de heredero, y por consiguiente, herencia testamentaria, cuando el *de cujus* dejaba solamente fideicomisos en codicilos, no obstante ser éstos de la misma naturaleza jurídica del testamento, se consideraba que el *de cujus* moría *ab intestato.*

### SUCESIÓN AB INTESTATO

Hemos explicado en los Capítulos que anteceden la sucesión testamentaria: explicaremos ahora la llamada *ab intestato,* que se abría cuando el *de cujus* no había dejado testamento, o bien cuando el que había hecho había quedado sin efecto, o bien porque habiendo sido suspensiva la institución testamentaria, no se había realizado todavía la condición. En estos casos era la ley la que se encargaba de hacer la distribución de los bienes que componían la herencia, llamando a recogerla al grupo de herederos a quienes en concepto de ella debía pasar la continuación jurídica y la representación patrimonial del *de cujus.* [2] De aquí, pues, que la organización social de la familia y el régimen de la propiedad, que fueron cambiando con la

(2) Artículos 799 y siguientes, Código Civil citado.

evolución de Roma y de su derecho, tuvieran una influencia decisiva en la organización y la estructura legal de la sucesión intestada. Cuatro épocas del derecho romano marcan otros tantos regímenes de la sucesión *ab intestato,* a saber: el Sistema de las XII Tablas, el del derecho pretoriano, el de las Constituciones Imperiales, y, por último, el de Justiniano y sus Novelas.

### RÉGIMEN DE LA SUCESIÓN AB INTESTATO SEGÚN LAS XII TABLAS

Probablemente, cuando este célebre Código fué promulgado, no existía en Roma la libertad de testar, y el sistema que regía la propiedad tenía todavía los elementos fundamentales de la propiedad familiar que había seguido al de la comunidad agraria. El lote de tierras *del heredium,* que debió ser el núcleo de ese patrimonio de que no podía disponer libremente en testamento el *pater familias,* porque debía conservarlo en vida para que después de su muerte pasara a sus herederos domésticos, debió ser el que, en los primeros tiempos del derecho romano, y antes de que le fuera reconocida al *pater familias* la libertad de testar, pasara de pleno derecho, digamos, de padres a hijos, por lo que éstos eran considerados como herederos suyos y necesarios. Más tarde, cuando a este núcleo de tierras se le unen las que pertenecían, no ya a cada familia,

sino a cada grupo de familias, a cada clan, a cada *gens*, y a estos inmuebles se incorporan los muebles preciosos y los rebaños, y este conjunto de cosas forman la *familia* y, en definitiva, el patrimonio, entonces, lógicamente, se concibe el régimen sucesoral de las XII Tablas que establece que, no habiendo heredero doméstico testamentario, la herencia se defiera a los más próximos agnados, y en defecto de éstos a los gentiles. (3)

Los herederos suyos, llamados también suyos y necesarios, eran aquellas personas que estando bajo la potestad del *de cujus* se hacían *sui juris* a la muerte de éste: estaban en este caso el hijo y la hija, el nieto y la nieta cuyo padre hubiera muerto o hubiera salido de la patria potestad o hubiera sido desheredado por el abuelo. Propiamente, lo que hacían estos herederos, era asumir la administración de unos bienes de los que eran ellos considerados como copropietarios. De aquí que no tuvieran ni siquiera que adir la herencia, por que de pleno derecho pasaban a ellos y hasta pudiera decirse a pesar de su voluntad en contrario. No tomaban en consideración las citadas leyes si los referidos herederos tenían conocimiento de la adquisición, ni si carecían o no de razón; y de aquí que los furiosos y los pupilos no necesitaran de que interviniesen en

---

(3) Pueden consultarse, preferentemente, en este punto: Cuq, "Les Institutions Juridiques des Romains", tomos I y II; y Muirhead, obra citada.

ello ni sus curadores ni sus tutores. Los hijos del *de cujus* sucedían por cabeza: *in capita,* que decían los romanos; los nietos y los bisnietos, *in stirpes,* es decir en representación de sus respectivos causantes.

Para tener la calidad de heredero suyo se necesitaba, como lo dijimos antes, estar sometido a la patria potestad y llegar a ser *sui juris* cuando ocurría la muerte del *pater familias.* De aquí, pues, que como las mujeres no podían tener a nadie bajo su potestad, ellas no podían tener herederos suyos y necesarios, y por ésto las palabras de Gayo: *numquam feminae suum heredem habere possunt.* La mujer del *de cujus,* que estaba *in manus,* y a quien las leyes romanas situaban en el mismo rango de una hija, estaba colocada entre los herederos suyos y necesarios como lo hemos visto; pero las mujeres de los hijos del mismo *de cujus* no lo estaban, porque ellas lo que hacían era caer bajo la *manus* de sus maridos, que sí se hacían *sui juris* a la muerte del *pater familias.* Respecto de los hijos, poco importaba que hubieran nacido de matrimonio o que hubieran sido adoptivos. Pero si habían sido emancipados o dados en adopción, no entraban en este orden de herederos suyos y necesarios, porque no estaban sometidos a la patria potestad. El rigor de este principio que tenía por finalidad la perpetuación, en el tiempo, de un jefe de familia, de un culto y de un patrimonio que estaban estrechamente

ligados a la suerte del Estado Romano, era a veces fuente de injusticia, que el derecho romano corrigió hábil y seguramente, como luego lo examinaremos. Pero así tuvo que ser en los primeros tiempos. Formaban también parte de la casa del *pater familias,* como lo sabemos, la mujer que estaba *in manus,* y también los esclavos: estos últimos no se hacían libres a la muerte de aquél, sino cuando la manumisión les daba la libertad o la voluntad del *de cujus* en el testamento, pero cuando ocurría que el testador no dejaba sino una herencia gravada con deudas, y en ocasiones a punto tal que éstas excedían al activo, entonces lo que hacía el *pater familias* era instituir de heredero a uno de sus esclavos a quien le concedía el beneficio de la libertad que le permitía aceptar la herencia, aun cuando los bienes que la compusieran tuviesen que ser sacados a subasta y vendidos en cabeza del esclavo. Esto era considerado infamante a los ojos de las ideas romanas, y por ello los herederos domésticos no eran en este caso los continuadores jurídicos del *de cujus,* sino el esclavo instituido, por lo que a éste se le llamaba heredero necesario, como lo explicamos ya en otro lugar. El rigor de los mismos principios, que conducía a la imposición de esta herencia forzosa para el esclavo, fué, a su vez, ocasión de injusticia también, que, como en el caso de los herederos suyos y necesarios, quedó corregida, como lo

veremos, cuando los principios jurídicos que cimentaban la sucesión evolucionaron grandemente.

A falta de herederos suyos y necesarios entraba el agnado más próximo, y si había varios del mismo grado la ley los llamaba a todos, igualmente. Ya hemos examinado antes de ahora lo que era el vínculo civil de la agnación. Los individuos que se hallaban sometidos a un mismo *pater familias,* y todos los que lo hubieran estado si este último hubiera vivido indefinidamente, estaban unidos en Roma por un parentesco que era el de la agnación, y que creaba la carga de la tutela por lo mismo que daba el beneficio de la herencia. Este parentesco, que se fundaba jurídica y artificialmente en la potestad, no alcanzaba a los descendientes de una hija, porque ésta, al casarse como lo hemos explicado ya, salía de la familia natural a formar parte de la familia del marido, por lo que se era agnado del hermano del padre, pero no del hermano de la madre. No alcanzaba tampoco ni a los descendientes que habían contraído un matrimonio *in manus* ni a aquéllos que habían padecido una *capitis deminutio.* En cambio, los descendientes por línea de varón que no habían sufrido dicha disminución de cabeza, si eran considerados agnados. Era, pues, la agnación un parentesco que tenía su origen en provenir de un causante común. Se recordará que para contar el grado de parentesco en línea recta, respecto

de las personas que descendían las unas de las otras, había que contar el número de generaciones y que cada generación era un grado: que respecto de la línea colateral había que subir desde la persona de quien se trataba hasta el autor común, contando cada generación por un grado, y luego descendiendo desde este mismo autor común hasta la persona con quien se quería hacer el cómputo. A veces no era ya posible averiguar quién había sido el antepasado común, y por ésto las XII Tablas establecían que en tal caso los llamados a la herencia eran los gentiles cuya identificación, en cada caso, era una cuestión que aparecía de tener el *de cujus* el mismo culto religioso que tenía el clan o *gens* llamado a la herencia. Volviendo, pues, a los agnados debemos decir que los hermanos entre sí, hijos de un mismo padre, eran agnados en vida de éste, y después que el padre moría. Los nietos, y los hijos y nietos adoptivos también lo eran. En el fondo la agnación era el parentesco legal que reconocía fundamentalmente el derecho romano de la época a que venimos refiriéndonos, y que bien podía ser descendente, ascendente o colateral; pero comoquiera que al grupo de los descendientes los comprendían las XII Tablas bajo la designación de herederos suyos y necesarios, (comprendida la mujer *in manus* que por una ficción legal era considerada como descendiente también), agnados, bajo esta legislación, es como si se di-

jera colaterales. Respecto de los ascendientes nada tenía que establecer el referido Código, porque cuando moría un descendiente que estaba bajo la patria potestad, como no tenía bienes propios, no tenía herencia en realidad, y de consiguiente herederos; y si era emancipado estaba roto todo lazo de agnación con la familia de que había formado parte hasta el momento de la emancipación. Cuando al hijo, más tarde, le fué reconocido su derecho a los peculios, entonces sí tenía herencia y derecho de disponer de ella en testamento; pero si moría sin haberlo hecho, el padre adquiría los bienes del peculio, no a título de herencia, sino por derecho de peculio que le daban las leyes. No establecían diferencias las XII Tablas, al referirse a los agnados, entre hombres y mujeres: aquéllos y éstas estaban comprendidos bajo la citada denominación. Ahora bien, cuando faltaba el orden de los agnados, la herencia se defería a los gentiles que, como antes dijimos, no venían a ser sino la cepa ancestral formada por el grupo de familias de donde había salido originariamente el *de cujus,* sin que se conozca cómo heredaban los gentiles, porque Gayo, al referirse a ellos, no pudo dar ninguna noticia complementaria, atendido a que para su época ya había desaparecido la gentilidad. Expresión quizás la gentilidad de las comunidades agrarias que la ley romana había conservado, era explicable que cuando ya no había parientes del *de cujus,*

capaces de recoger su herencia, pasase ésta meramente a aquellas comunidades, pero en realidad se conoce muy poco el mecanismo de esta sucesión, y a cada paso se ve caer a los expositores en el campo de hipótesis, a veces ingeniosas, pero inseguras todas. (4)

Fuera de estos tres órdenes de herederos, la sucesión debía ser declarada yacente; pero pasaba que el agnado que no quería recoger la sucesión para no asumir la obligación de satisfacer las cargas de la herencia por medio de la *in jure cessio hereditatis,* y antes de aceptarla, la trasmitía a un tercero, pasando al cesionario el título de heredero del cedente, lo cual no hubiera podido hacer válidamente el heredero testamentario; otras veces era un poseedor, *animus domini,* quien entraba en posesión de los bienes hereditarios y los usucapía, evitándose también, por este medio, la declaratoria de yacencia de la herencia.

En el Capítulo siguiente examinaremos el régimen del derecho pretoriano, las modificaciones introducidas por el derecho imperial, y, finalmente, el sistema de Justiniano.

---

(4) Pueden consultarse: Accarias, Girard, Cuq, May, Huvelin, Ortolán, Gómez de la Serna, Guerard, obras citadas, y también Vasilii Sinäiski, "La Cité Populaire" considérée au point de vue de la cité quiritaire.

## CAPITULO XVIII

## SUCESION AB INTESTATO. DERECHO PRETORIANO

La organización hereditaria que había venido prevaleciendo desde la promulgación de las XII Tablas, había sido el fiel reflejo del régimen de la propiedad, y estaba cimentada sobre el régimen jurídico de la agnación, como hemos visto, que excluyendo todo nexo de consanguinidad entre las personas agrupadas alrededor del *pater familias,* atendía sólo a los que establecía la potestad que acompañaba a ésta. El derecho pretoriano, que como sabemos, reflejaba a su vez los cambios que iban verificándose en la estructura económica, política y social de Roma, tuvo que ser necesariamente el órgano de una reforma trascendental en materia de sucesión, porque había cambiado el concepto que antes se tenía de la propiedad; porque a las ideas que antes predominaban acerca del honor y de la necesidad de perpetuar el culto de los antepasados, se habían mezclado, para debilitar aquellos senti-

mientos, las cargas que eran inherentes a ese culto; y porque la herencia, debido a esa misma transformación que había venido verificándose en las ideas económicas, había dejado de ser contemplada a la luz de la unidad de poderes que se concentraban en el jefe y cabeza de la *domus,* para serlo a la del simple valor pecuniario o económico que esa misma herencia representaba. De aquí, pues, que lo que era cónsono con este cambio, fuese la distribución de la herencia con arreglo a los presuntos afectos del *de cujus,* que no podían estar racionalmente en la agnación, que era más bien la expresión de la estructura política de Roma, firmemente asegurada ya por otros medios, sino en la consanguinidad, que era la expresión permanente y definitiva de la naturaleza. Y esta fué la obra del Pretor. El derecho civil, como sabemos, había excluído de entre los herederos suyos y necesarios a los emancipados, a los hijos dados en adopción, y a los descendientes por línea femenina. El derecho honorario llamó a la herencia *ab intestato* no sólo a los hijos del *de cujus,* que a su muerte estaban bajo su potestad, sino también a los que habían sido emancipados, y también a los dados en adopción, cuando en vida del padre natural habían sido emancipados por el padre adoptivo. En este caso el Pretor daba la *bonorum possessio unde liberi.*

La *bonorum possessio* no fué creada por el derecho pretoriano para que sirviera de instrumento a esta reforma en examen. Empleábasela, tratándose de herederos del derecho civil, cuando éstos litigaban entre sí su carácter de herederos, y ello como una medida provisional que adoptaba el Pretor para poner legítimamente los bienes de la herencia en las manos del que a su juicio tenía mejor título, con lo cual podía llegarse a la usucapión *pro herede.* Esta *bonorum possessio,* que no era sino una de las faces del procedimiento de la *petitio hereditatis,* fué la que le sugirió al Pretor la idea de darla también a los precitados herederos, excluídos por el derecho civil, y por eso se la llamó *bonorum possessio edictalis,* al paso que la otra era la *bonorum possessio decretalis.* [1] Una acción simétrica a la del derecho civil, que se denominaba la *bonorum possessio petitio,* fué acordada a estos herederos pretorianos, y al *bonorum possessor* le fué reconocido también el mismo derecho de continuador jurídico del *de cujus* a título universal. Sin embargo, en principio, no dejaba de haber sus diferencias entre ambas acciones, porque cuando concurrían herederos llamados por el derecho civil con los que llamaba el derecho pretoriano, el Pretor no daba sino la *bonorum possessio sine re,* que era sólo provisional, y que no

(1) Véase preferentemente Huvelin, obra citada. Tomo I.

vino a ser realmente eficaz sino cuando más tarde se le dió al *bonorum possessor* una excepción que le permitía rechazar la pretensión del heredero civil a la exclusividad de la herencia. Por lo demás, cuando el derecho pretoriano llamaba a la sucesión al hijo emancipado, exigía que hubiera nacido de justas nupcias.

En el orden de los agnados ninguna novedad introdujo el Pretor. Pero sí en el de los gentiles, a quienes sustituyó por los cognados hasta el sexto grado, y séptimo también, cuando se trataba de los hijos de primos segundos o primas segundas, pero solamente a falta de agnados. *La bonorum possessio,* que daba en estos casos el Pretor, se llamaba *unde cognati.* Favorecía esta posesión a los parientes del *de cujus* por línea femenina, a quienes sabemos que no llamaba el derecho civil, y lo mismo a la mujer agnada, cuyo grado de parentesco pasaba del segundo, y a quien aquel mismo derecho excluía de la sucesión. Ahora bien, cuando no había cognados, el derecho pretoriano acordaba la *bonorum possessio* al marido y a la mujer que habían contraído nupcias sin *manus,* la cual, como sabemos, tenía por efecto excluir a la mujer de su familia natural. Este derecho a la sucesión recíproca, acordado en favor de los casados sin *manus,* fué una innovación del derecho pretoriano también; y era acordado mediante la *bonorum possessio unde vir et uxor.*

La regla del derecho pretoriano en este orden sucesoral establecido por él, era que el colateral más próximo excluía al más remoto, [2] y no se admitía la representación sino en un solo caso, que era cuando el *de cujus* había dejado un hijo emancipado y había, por otra parte, nietos sometidos a la patria potestad y nacidos de otro hijo que había muerto. Ahora bien, como en este caso el hijo estaba en parentesco más cercano del padre que los nietos de éste, se admitió que los nietos, en representación de su padre, que había muerto, concurrieran a la herencia del abuelo junto con el tío emancipado.

### RÉGIMEN DE LA SUCESIÓN AB INTESTATO EN EL DERECHO IMPERIAL

Las Constituciones Imperiales no hicieron sino continuar la evolución que había iniciado el derecho honorario, y de consiguiente desaparece el mejor derecho que había sido creado en favor de los agnados, aun bajo el régimen mismo del derecho pretoriano. Tres faces marcan, definitivamente, la completa evolución de los principios desarrollados por el derecho imperial en el punto que nos ocupa, a saber: los Senado-Consultos Tertuliano y Orficiano; la ampliación a estos mismos Senado-Consultos; y por último, la legislación de Justiniano.

---

(2) Artículo 818, Código Civil citado.

El Senado Consulto Tertuliano, fué promulgado bajo el Imperio de Adriano, y tuvo por objeto llamar a la madre a la herencia de sus hijos, que en el matrimonio sin *manus* no eran agnados, pues pertenecían a dos familias diferentes. Cuando el matrimonio había sido con *manus,* la situación era distinta, porque colocada la madre en lugar de una hija en la misma familia civil de que formaban parte sus hijos, venía a ser hermana de éstos, y esta condición de agnados los hacía recíprocamente herederos. En el caso de la situación anterior, los hijos no tenían en la herencia de la madre sino el beneficio que se derivaba de la *bonorum possessio unde cognati,* que les acordaba el Pretor. El referido Senado-Consulto hizo, pues, a la madre heredera de sus hijos, aun cuando el matrimonio hubiera sido sin *manus,* pero no estableció este derecho, pura y simplemente, sino haciéndolo depender de varias condiciones. La primera era que la madre gozara del *jus liberorum,* de que hablamos al referirnos a las leyes caducarias; la segunda era que la madre debía ser ingenua y *sui juris;* y la tercera, que no hubiera dejado de velar porque al niño impúbero, que moría en este estado, se le hubiera nombrado tutor o quien reemplazara a éste cuando tal había sido el caso. Este derecho de la madre a la sucesión de sus hijos fué organizado por el referido Senado-Consulto de una manera muy especial, porque los *liberi* la excluían, y

lo mismo al hermano consanguíneo y al *manumissor,* pero su derecho era preferente al de los otros agnados, salvo cuando se trataba de la hermana consanguínea con quien concurría a la herencia.

El Senado-Consulto Orficiano fué dictado bajo Marco Aurelio y Cómodo, y a la inversa del anterior, llamó a los hijos a la sucesión de la madre, excluyendo a los agnados. No quiso ir hasta el extremo el legislador en este punto, y limitó el derecho a los hijos de primer grado. Era, sin embargo, muy singular, que la *bonorum possessio* que daba el derecho pretoriano podía hacer nugatorio el derecho que acordaban estos Senado-Consultos. Por lo demás, el derecho recíproco que ellos crearon se aplicaba aun cuando se tratase de *vulgo concepti,* y la *capitis deminutio* carecía de influencia.

La órbita de estos Senado-Consultos fué ensanchada con el tiempo, y Constituciones Imperiales de la época de Valentiniano y de Teodosio y de Arcadio, dieron pasos adelantados en este sentido, que Justiniano concluyó porque fueran definitivos. Los dos primeros Emperadores aludidos habían preparado la reforma de la supresión del *jus liberorum,* que el último llevó a cabo: agnados, que habían sufrido una *capitis deminutio,* fueron llamados a la sucesión de sus colaterales, y Anastasio ordenó que los hermanos y hermanas emancipados concurrieran con los hermanos y

hermanas que habían permanecido agnados en la sucesión del hermano, bien que tomando estos últimos el doble que los otros, y no admitiéndose la representación en favor de los hijos de los emancipados. Justiniano fué más lejos en este punto, y suprimió estas restricciones, así como le dió al hijo adoptivo, en el caso de la adopción *minus plena,* un derecho *ab intestato* en la herencia del padre natural. Con los cognados hizo otro tanto, y los hermanos y hermanas unilaterales fueron admitidos a heredar, como pasaba con los hermanos y hermanas de doble conjunción. A la época, pues, del Emperador Justiniano, la sucesión *ab intestato,* regida por el cúmulo de disposiciones legales que queda expuesto, en que a veces regían principios antagónicos y otras incompletas, imponía la necesidad de una pauta clara y segura, y de un sistema que no estuviera sujeto a tántas complicaciones e inseguridades. Esto lo alcanzó el citado Emperador por el sistema que introdujo en sus Novelas 118 y 127; pero antes de éstas, en las Institutas, en el orden de los herederos suyos, había confirmado el derecho pretoriano en punto de emancipados. Respecto de los hijos dados en adopción, dispuso que ésta no rompía los vínculos del adoptivo con su familia natural. En lo tocante a los descendientes por línea femenina, ordenó que cuando concurrían con los herederos suyos, no tenían derecho a tomar sino los dos tercios, pero si concurrían

con agnados, tomaban la totalidad. En este punto, pues, Justiniano no hizo otra cosa sino confirmar lo que ya tenían dispuesto las Constituciones Imperiales. En el orden de los agnados, restableció el derecho de las XII Tablas, que como sabemos no hacía distinciones entre agnados en cuanto al sexo, para reconocerles el derecho de heredar a sus agnados; derogó la Constitución de Anastasio, antes nombrada, reconociendo a los hermanos y hermanas emancipados los mismos derechos que tenían los que no habían sido, y admitiendo a los hijos de aquéllos como herederos a falta de sus padres. En este mismo derecho de Justiniano a que estamos contrayéndonos, se admitió, a la sucesión de un hermano, a los hermanos y hermanas unilaterales, y cuando éstos faltaban, a sus hijos. Respecto de los ascendientes los hizo herederos *ab intestato* de los peculios castrense y cuasi-castrense dejados por los hijos; y al padre emancipador, heredero del emancipado, cuando éste no dejaba ni hijos ni hermanos. En cuanto a la sucesión de los libertos, reproduce, como en el caso de los agnados, el derecho de las XII Tablas y le reconoce al patrono el derecho de heredar cuando faltan herederos suyos del liberto e hijos llamados en lugar de éstos. Cuando el liberto testaba, teniendo una fortuna que llegara o excediera de cien sueldos de oro, el patrono tenía una legítima que alcanzaba al tercio de aquella suma.

### SUCESIÓN AB INTESTATO SEGÚN LAS NOVELAS 118 Y 127

El orden de suceder establecido por estas Novelas prescinde por completo de la agnación, que queda sustituída por el régimen de la consanguinidad, que es claro y sencillo. En él se establecen tres órdenes de herederos: 1º, el de los descendientes; 2º, el de los ascendientes; 3º, el de los colaterales. [3] El primer orden era el principal y excluía a los demás, de manera que cuando había hijos, éstos recogían toda la herencia, aun cuando el *de cujus* hubiese dejado ascendientes, o hermanos y sobrinos. [4] Seguía luego, en importancia, el de los ascendientes quienes, a veces, concurrían solos y otras en unión de colaterales de segundo grado, y de doble conjunción. [5] Venía, por último, el de los co-

---

(3) Este es el régimen establecido por el derecho venezolano: artículos 813 y siguientes del Código Civil citado.

(4) Artículos 813 y 814. Código Civil citado. El viudo o la viuda están, respectivamente, en lugar de un hijo o una hija. Cuando faltan hijos, los descendientes legítimos de éstos entran en su lugar. Ahora respecto de la madre natural y de los ascendientes de ella, el referido artículo 813 equipara los hijos naturales a los hijos y descendientes legítimos.

(5) Artículo 815, Código Civil citado. Según este artículo los ascendientes, legítimos o naturales, concurren con los hijos naturales del *de cujus* o los descendientes legítimos de éstos, y con el cónyuge, dividiéndose la herencia en tres partes. Cuando no hay cónyuge, toca la mitad de la herencia a los ascendientes, y el resto a los hijos naturales o a los descendientes legítimos de éstos. Cuando no hay ascendientes, toca la mitad de la herencia al cónyuge, y el resto a los hijos naturales o a los descendientes legítimos de éstos. Cuando no existen ni ascendientes ni cónyuge, la ley defiere la herencia a los hijos naturales o a los descendientes legítimos de éstos, pero en concurrencia con los hermanos legítimos del *de cujus* que le hubieren sobrevivido, o con los hijos legítimos de los premuertos. Los hijos naturales de la hermana legítima premuerta no pueden invocar, en este caso, ningún derecho. Pero para los efectos de la disposición legal apuntada, la ley equipara los hijos naturales de la hija o descendiente legítima a los descendientes legítimos de los hijos naturales.

laterales, que tenían la siguiente graduación: (a) los hermanos germanos; (b) los hermanos unilaterales; (c) los demás colaterales de grados ulteriores. [6]

SUCESIÓN DE LOS ASCENDIENTES

Cuando el *de cujus* era padre, y moría intestado, lo sucedían sus descendientes legítimos y legitimados

(6) El artículo 816 del Código Civil citado, ordena que cuando el *de cujus* no deja posteridad legítima ni natural, la herencia se defiera a los ascendientes legítimos o naturales y al cónyuge, tomando aquéllos la mitad, y éste la otra mitad; que no habiendo cónyuge la herencia corresponderá íntegramente a los ascendientes. Pero si faltaren ascendientes y sólo hubiere cónyuge, a éste tocará la herencia, pero en concurrencia con los hermanos legítimos supervivientes y los hijos legítimos de los premuertos. La herencia en este caso se divide en dos partes: mitad para el cónyuge y mitad para los hermanos y sobrinos, entrando éstos, naturalmente, a heredar por estirpes. Para los efectos de la disposición legal en examen, se equiparan los hermanos naturales, por parte de madre, a los hermanos legítimos, ya haya sido el *de cujus* hijo legítimo o natural. También se equiparan los hijos naturales de la hermana legítima a los sobrinos legítimos. En uno u otro caso no concurrirán los hermanos naturales o sus descendientes con los hermanos legítimos o sus descendientes legítimos. Respecto de los hermanos legítimos que lo sean sólo por la línea paterna, cuando concurran hermanos también legítimos, sólo tomaran una parte igual a la mitad de la cuota que a cada uno de éstos corresponda.

Es de observar que no habiendo posteridad legítima ni natural, la ley venezolana llama al hijo adoptivo a concurrir con las personas llamadas a suceder, con arreglo a las disposiciones legales de los artículos 813 y 816 citados, en cuyos casos el hijo o hijos adoptivos sólo tomarán una cuota igual a la de la menos favorecida de esas personas, cuota que no excederá, en ningún caso, del quinto de los bienes: (artículo 817, Código Civil citado). Este artículo dispone, expresamente, que el hijo adoptivo no tiene derechos hereditarios en la familia del padre adoptante, y éste tampoco los tiene respecto del hijo adoptivo, ni respecto de su familia.

Ahora bien, faltando todas las personas que quedan enumeradas, suceden al *de cujus* sus otros colaterales legítimos, según las reglas siguientes: 1ª, el colateral o los colaterales del grado más próximo excluyen siempre a los demás; 2ª, los derechos de sucesión de los colaterales no se extienden más allá del octavo grado; 3ª, los colaterales de simple conjunción, esto es los que sólo son parientes del *de cujus* por parte de padre o por parte de madre, gozan de los mismos derechos que los colaterales de doble conjunción, esto es, los que a la vez son parientes del *de cujus* por parte de padre y por parte de madre. En estos mismos casos el hijo adoptivo tiene derecho al quinto.

por subsiguiente matrimonio, con exclusión de todos los demás parientes. Ninguna diferencia establecían las citadas Novelas en razón del sexo de estos descendientes, ni tampoco en cuanto a que se los hubiera emancipado o dado en adopción. No se establecía ninguna diferencia respecto de que el *de cujus* fuera *sui juris* o *alieni juris.* Estos hijos sucedían por cabeza, *(in capita),* dividiéndose la herencia en tantas partes cuantos hijos había; pero si con los hijos del *de cujus* concurrían nietos, éstos tomaban la parte que le hubiera correspondido al padre, de haber vivido éste y concurrido a la herencia, por lo cual se decía que los nietos, y así los demás descendientes de éstos, concurrían *in stirpes.* Cuando concurrían, pues, herederos del primer grado de descendientes con herederos de grados ulteriores, los del primer grado entraban *in capita,* los de los otros grados, por grupos, y cada grupo tomaban lo que le hubiera correspondido a su causante, de haber estado vivo.

Cuando los descendientes eran ilegítimos, sucedían a la madre, si eran naturales, en concurrencia con los legítimos si los había. Pero cuando se trataba de la herencia paterna, la sucesión legítima excluía a la natural, y el hijo natural solamente tenía el derecho de reclamar alimentos. Cuando el padre no dejaba descendencia legítima, el hijo o hijos naturales tomaban la sexta parte de la herencia. Con los hijos llamados

espúrios pasaba que sucedían siempre a la madre, cuando ésta no dejaba otros hijos, pero si dejaba hijos legítimos, con éstos concurrían los espurios, si la madre no era mujer ilustre, como decía el lenguaje de las citadas Novelas; pero quedaban excluídos de la herencia paterna. Cuando se trataba de hijos incestuosos o provenientes de uniones condenadas por las leyes, entonces estos descendientes no podían ni reclamar alimentos siquiera, ya se tratara de la herencia del padre o de la madre.

Ahora bien, cuando se trataba de descendientes adoptivos, entraban en el mismo caso que los legítimos, atendiendo a la ficción legal en que se fundaba la adopción, pero ello se entendía sólo respecto del padre adoptante y de los parientes de éste, pero no respecto del cónyuge del mismo adoptante o de los parientes de aquélla, no unida al adoptado ni por vinculos de sangre ni por ninguno otro civil.

Debemos decir ahora que la mujer del *de cujus* tenía una situación especial en la sucesión *ab intestato* en examen, porque se le reconocía una legítima de la cuarta parte de la herencia, que había recibido el nombre de cuarta marital, o simplemente la cuarta. Reconocíasele a la viuda derecho a esta legítima, cuando era pobre, y no había sido dotada, y ello siempre que el *de cujus* no hubiera dejado más de tres descendientes; pero si concurría a la herencia con un número mayor

de hijos, entonces tomaba una porción viril, o sea una parte igual a la de los hijos. Este derecho en favor de la viuda pobre o indotada, le fué reconocido por la Novela 53. Como se ve, se le reconocía a la viuda una parte igual a la que correspondía a un hijo sin que dicha cuota parte pudiera exceder de la cuarta parte de la herencia. Cuando había nietos de por medio, entonces éstos, en cuanto a su padre, se contaban como un sólo descendiente, sin tomarse en cuenta si los hijos con quienes concurría la viuda, provenían de una unión legítima anterior.

### SUCESIÓN DE LOS DESCENDIENTES

Cuando el *de cujus* moría sin descendencia, eran llamados a la herencia sus ascendientes, pero si dejaba también hermanos y hermanas germanos, éstos concurrían con aquéllos. Podía suceder que los hermanos o alguno de ellos hubieran muerto, en cuyo caso los hijos de éstos entraban en el lugar que les hubiera correspondido a sus padres, pero la representación no pasaba a los nietos de esos hermanos y hermanas.

Si sólo había ascendientes, la regla era que el más próximo excluía al más remoto: al hijo, pues, lo heredaba su padre, y éste excluía al abuelo, si también vivía al abrirse la sucesión del nieto. Pero como podía haber dos líneas de ascendientes: los paternos, o los maternos, la herencia entonces se dividía por línea,

tomando una mitad el abuelo o abuelos paternos, y la otra mitad el abuelo o abuelos maternos.

Cuando los hermanos y hermanas del *de cujus* concurrían con los ascendientes, entonces la herencia no se dividía por líneas, sino por cabezas; pero los hijos de los hermanos que habían muerto sucedían *in stirpes.*

Cuando no había ascendientes, la herencia tocaba a los hermanos y hermanas germanos, entrando los sobrinos también en representación de sus padres premuertos. Los hermanos y hermanas se dividían la herencia *per capita:* los sobrinos, naturalmente, *in stirpes.*

Cuando no había ni ascendientes ni hermanos, la herencia les tocaba a los sobrinos, dividiéndosela *in stirpes,* con arreglo a la opinión que predominó.

Si con los ascendientes o los hermanos concurría la mujer del *de cujus,* bajo las mismas condiciones de que hablamos cuando ella concurría con los descendientes, tenía derecho a percibir su cuarta. Pero si el *de cujus* no dejaba sino ascendientes y sobrinos, la totalidad de la herencia correspondía solamente a los primeros.

Respecto de los ascendientes ilegítimos, regía el mismo principio de que era recíproca la sucesión entre ellos y sus descendientes ilegítimos. Esta misma regla regía el caso del ascendiente adoptante respecto de su

descendiente adoptivo, a menos que la adopción hubiera sido hecha por un extraño, porque entonces lo que sucedía era que el hijo adoptivo sucedía al adoptante, pero no viceversa.

### SUCESIÓN DE LOS COLATERALES

Hemos visto los casos en que los hermanos y hermanas germanos del *de cujus* entraban a ser herederos de éste. Ahora bien, cuando sólo existían colaterales, y no había sino hermanos y hermanas de simple conjunción, éstos entraban a recoger la herencia, sucediendo *in capita,* naturalmente; pero si alguno o algunos de estos medio hermanos habían muerto, entonces los hijos de éstos, entraban en lugar de sus causantes, *in stirpes,* a participar de la herencia. Fué controvertido en el derecho romano el punto de saber de si debía hacerse diferencia entre los bienes del *de cujus* según que le hubieran venido por línea paterna o materna, pero predominó la opinión de que no debía hacerse tal diferencia. Podía suceder que el *de cujus* no hubiera dejado ni hermanos ni hermanas de doble conjunción o de simple conjución, en cuyo caso la herencia pasaba a los demás colaterales, sin distinguir ni el doble vínculo de parentesco, ni el sexo, aplicándose la regla de que los más próximos excluían a los más remotos. Cuando se estaba en el mismo grado, se sucedía *in capita,* siendo de advertir que la representa-

ción no se admitía más allá de los hijos de los hermanos. No quedó precisado en el orden sucesoral en examen, si el derecho de estos colaterales a la herencia se extendía hasta el infinito, o si debía aplicarse, por analogía, a estos cognados, la regla del derecho pretoriano, también tratándose de cognados, de que sólo debía llegarse hasta el sexto o séptimo grado, según los casos. La opinión que predominó fué esta última.

Cuando se trataba de colaterales ilegítimos, las reglas eran éstas: cuando se trataba de hijos de un mismo padre y de diferentes madres, ni se sucedían recíprocamente, ni sucedían a los parientes paternos. Pero si por el contrario se trataba de hijos de una misma madre, aunque de padres diferentes, se les reconocía el derecho mutuo de sucesión, del propio modo que les estaba reconocido, también recíprocamente, el ser llamados a la herencia *ab intestato* de los demás parientes.

Cuando no existían ninguno de los tres órdenes de herederos que quedan expuestos, el cónyuge sobreviviente y no divorciado al tiempo de la muerte del *de cujus*, recogía la herencia. (7)

---

(7) El artículo 820 del Código Civil citado dispone que el cónyuge sobreviviente contra quien el *de cujus* hubiese obtenido una sentencia de divorcio o de separación de cuerpos pasadas en autoridad de cosa juzgada, o separación de cuerpos por mutuo consentimiento, no tendrá los derechos hereditarios acordados en los artículos anteriores, a menos que en el primer caso se haya celebrado nuevo matrimonio o que en el segundo haya habido reconciliación.

Si no había cónyuge tampoco, la herencia pasaba a las corporaciones de que formaba parte el *de cujus:* la Curia, si era decurión; la Iglesia, si era sacerdote; el Convento, si era monje. Cuando éste no era el caso tampoco, el Fisco era el heredero, a cuyas cajas ingresaba el remanente de la herencia después de pagadas las deudas. [8] Cuando el Fisco no quería suceder al *de cujus,* entonces los acreedores hereditarios se hacían dar la posesión de los bienes y procedían a venderlos en pública subasta.

---

(8) Artículo 821, Código Civil citado. A falta de todos los herederos *ab intestato,* designados en los artículos precedentes, la herencia se defiere al patrimonio de la Nación.

## CAPITULO XIX

## ADQUISICION Y REPUDIACION DE LA HERENCIA

Ya hemos examinado, anteriormente, la situación legal de la sucesión testamentaria, e igualmente la organización jurídica de la sucesión a falta de testamento. Tócanos ahora examinar las consecuencias de la una y de la otra, cuando ambas sucesiones se abrían a la muerte del *de cujus*.

Se comprende, fácilmente, que no habiendo tenido la sucesión hereditaria en el primitivo derecho romano el puro concepto patrimonial que tiene en el derecho moderno, sino que la herencia significaba el paso, o todavía mejor, la continuación de una serie de poderes soberanos que pasaban del *pater familias* al heredero, cuestión primordial ésta en que razones no de orden privado sino de orden público entraban principalmente en juego, se llegara, por el rigor de los principios, a que la adquisición de la herencia no dependiera de la voluntad del heredero, sino que fuera una adqusición, no sólo de pleno derecho, sino forzosa.

Mezclábanse a ésto la idea religiosa de la continuación del culto del *de cujus,* y los principios sobre los cuales reposaba la teoría de la propiedad familiar, como ya lo hemos explicado. Resultaba de aquí que los herederos necesarios no pudieran negarse a recibir la herencia que les discernía un testador, o que les defería la ley, aun cuando muchas veces, en lugar de recibirse un beneficio lo que resultaba era una carga, un gravamen, y en ocasiones la ruina del heredero, porque confundidos en uno solo el patrimonio del *de cujus* con el que podía tener el heredero, y siendo éste el continuador jurídico y sucesor universal de aquél, se veía legalmente constreñido a pagar con sus bienes las deudas de la sucesión. Agregábase a estas circunstancias la infamia que acarreaba la *venditio bonorum,* que el pobre esclavo, como heredero necesario que era en los testamentos de los insolventes que no querían ser víctimas del prejuicio de ser deshonroso morir sin testamento, estaba obligado a soportar a cambio de la libertad que se le legaba en el mismo testamento. Y en situación análoga a la del esclavo estaban los herederos suyos, quienes en realidad no eran sino los continuadores de una copropiedad de la cual eran condueños. (1) De aquí, pues, que fuera patente la necesidad

(1) *Morte patris contineatur dominum,* se lee en el texto de Festo. Ya sabemos porque se los llamaba herederos suyos y necesarios. Podía agregarse que los Sabinianos sostenían que tales herederos no podían ceder ni su título ni su cualidad de herederos, y que los Prudentes no se referían a ellos en las obras en que hablaban de la sucesión, sino en las que consagraban a la propiedad, como lo observa Declareuil. Véase autor citado: "Rome et l'organisation du Droit".

de corregir todo este rigor del derecho civil, y a este efecto, el derecho honorario creó dos beneficios, el uno en favor del esclavo instituido heredero necesario, y el otro, en favor de los herederos suyos y necesarios. Llamábase el primero, el beneficio de la separación de patrimonio, *(bonorum separatio):* denominábase el segundo, el beneficio de abstención, *(jus abstinendi).*

La *separatio bonorum* tenía por objeto separar los bienes que componían la sucesión de los que el esclavo podía llegar a adquirir más tarde, porque antes de de que este beneficio fuera concedido por el Pretor, dichos bienes estaban de antemano destinados a pagar las deudas del *de cujus* insolvente, cuya herencia no había sido bastante para satisfacerlas. Debía el esclavo, antes de mezclarse en la herencia, solicitar del Pretor este beneficio, y una vez acordado, se procedía a la venta de los bienes de la herencia, que si bien le acarreaba infamia al esclavo, obligaba a los acreedores a que los tomaran por toda prenda, en cancelación de sus respectivos créditos. El liberto, más tarde, podrá adquirir un patrimonio que no estaba afecto, como antes, a ser prenda de los citados acreedores.

El *jus abstinendi* era un derecho que el mismo Pretor había creado en beneficio de los herederos suyos y necesarios, como ya dijimos, y que quedaba ejercido con sólo manifestar el heredero que no se inmiscuiría en la herencia. Esto traía por efecto que si los

bienes de la herencia llegaban a ser vendidos en subasta, la venta se hacía a nombre del *de cujus,* y no a nombre de los herederos, con lo cual se dice que escapaban a la infamia, que como dijimos, alcanzaba al esclavo a quien no protegía hasta ese límite el beneficio pretoriano de la *bonorum separatio.* No era que el heredero que usaba del derecho en examen renunciara a la herencia: nó, entre la renuncia y la abstención había diferencias esenciales, porque la última no era irrevocable, como si lo era la primera, y porque constituía un derecho que el heredero patentizaba al ejercerlo, al paso que la repudiación era propiamente una presunción legal *juris* que cedía ante la prueba del hecho contrario del heredero. Por otra parte, el heredero no tenía que pedirle al Pretor que le acordara el beneficio que envolvía el derecho de abstención, sino que lo tenía de pleno derecho. No dejaba de tener cierta peculiaridad este derecho, porque el heredero no perdía su carácter de tal, y podía reclamar, con este carácter, el saldo de la herencia, pagadas que fueran las deudas del *de cujus,* pero al venderse los bienes se procedía como si aquél no hubiera dejado ningún continuador jurídico. No era este el caso del heredero que había repudiado la herencia: todo nexo jurídico entre la herencia y él quedaba cortado por la renuncia, y si había algún saldo favorable, otro heredero lo recogía menos él.

Con los herederos extraños la situación era muy distinta, y no se los tenía por continuadores jurídicos del *de cujus,* sino cuando habían expresado su voluntad de aceptar la herencia. Esto quiere decir que podían rechazarla también, antes de que se confundieran en un solo patrimonio el suyo con el acervo de la herencia. Ahora bien, no dejaba de haber sus diferencias según que fuera civil o pretoriana la sucesión de que se trataba. Veamos los efectos de la aceptación en la primera. Decían los romanos que el heredero extraño, para aceptar la sucesión, debía hacer adición de la herencia, que estaba sometida a dos órdenes de condiciones: de fondo, las unas, y de forma las otras. Entre las condiciones de fondo, exigíase en primer lugar, la capacidad del aceptante, que abarcaba no sólo capacidad de hecho sino capacidad de derecho también: el loco y el *infans* carecían de capacidad para hacer la adición de la herencia, y como este era un acto personal que no podía efectuar el representante del incapaz, resultaba que había que acudir en la práctica a medios indirectos que salvasen la dificultad. Respecto del impúbero salido de la infancia, podía aceptar con la *auctoritas* del tutor. Por lo que hacía a la capacidad jurídica, no sólo se necesitaban la *testamenti factio* y el *jus capiendi,* que exigían las leyes caducarias, sino que la primera no sólo se exigía cuando se hacía el testamento y cuando moría el *de cujus,* sino tam-

bién en el momento en que se ejercía el derecho de adir la herencia. Era lógico que cuando el instituido fuera un *alieni juris,* la ley no se contentara con la sola voluntad del instituido que estaba sometido a la patria potestad o a la potestad domínica, sino que exigía, además, que quien ejerciese estos poderes diera también su consentimiento. En cuanto al *jus capiendi,* debía existir cuando moría el *de cujus.* Además de esta condición de capacidad, requería la ley que la adición fuera pura y simple, y que esperase el aceptante a que le fuera deferida la herencia para poder hacer la adición. Así, cuando el heredero instituido se apresuraba a hacer su declaratoria de aceptación antes de conocer, ciertamente, por la apertura y publicación del testamento su vocación a la herencia, tal aceptación carecía de efectos legales. La ley hacía, sin embargo, una excepción, y era cuando había un sólo heredero instituido, y ello porque considerándose nada honroso en Roma morir intestado, de haberse pronunciado la nulidad de la aceptación en este caso, habrían aumentado las posibilidades para que tal nota de reprobación cayese sobre aquéllos cuyos herederos habían incurrido en la referida precipitación.

No prescribía el antiguo derecho plazo alguno para que el heredero hiciera adición de la herencia; pero comoquiera que no apresurarse a hacerlo era quedar expuesto a que otro usucapiera la herencia, o

que sobreviniendo la muerte del heredero, sin haber sido hecha dicha manifestación de voluntad, no pudiera pasar a sus herederos el derecho de hacerlo ellos mismos en aplicación a la regla: *hereditas non adita non transmittitur,* el heredero se veía constreñido, por la fuerza de estas circunstancias, a adir la herencia en el menor plazo posible después de acaecida la muerte del *de cujus.* Para remediar estos inconvenientes se creó en la práctica un plazo que era generalmente de cien días, que se llamaba *spatium deliberandi,* dentro del cual el heredero debía decir si aceptaba o no la herencia, entendiéndose que si dejaba transcurrir dicho plazo sin adir la herencia, perdía su derecho de hacerlo más tarde. Esta fórmula era la del derecho clásico: se la denominaba *cretio,* y era siempre un acto solemne. Cuando el testador insertaba una cláusula de desheredación para obligar al heredero a exteriorizar su voluntad dentro del plazo que el testamento mismo fijaba, se decía que la *cretio* era perfecta; cuando no lo hacía se decía que era imperfecta. El derecho pretoriano extendió la aplicación de la *cretio* no sólo al caso de las sucesiones *ab intestato,* sino también a las testamentarias, en que el testador se había olvidado o no había querido imponerla a su heredero. Lo que hacía, pues, el Pretor era darles a los acreedores hereditarios, y quizás también a los legatarios, el derecho de hacer comparecer ante él al heredero ins-

tituido, para que éste manifestara si aceptaba o no la sucesión. Si el heredero lo hacía en aquella oportunidad, el asunto quedaba terminado; pero si no lo hacía, entonces le daba el Pretor un plazo de cien días para que declarara cuál era su voluntad sobre el particular, siendo de advertir que si transcurría dicho plazo sin haber aceptado, se entendía que renunciaba a la herencia. Justiniano abolió la *cretio,* pero fué que ya, antes de él, esta formalidad había ido transformándose, y un Rescripto promulgado bajo el Imperio de Adriano había abolido la usucapio *pro herede.* Justiniano le dió un año al heredero para que deliberara si le convenía aceptar o no; pero invirtiendo el concepto tradicional de la no manifestación de voluntad, dentro del plazo fijado por el testador o dado por el derecho pretoriano que se había venido extendiendo en el sentido de la repudiación de la herencia, el citado Emperador sentó lo contrario como sanción contra el heredero por haberle dejado transcurrir sin apresurarse a hacer conocer su decisión de que no le convenía aceptar. A esta innovación, el mismo Emperador, agregó otra que era perfectamente justa, y que fué la de que si moría el heredero dentro del *spatium deliberandi,* su derecho era trasmisible a sus herederos. También en este punto lo que hizo Justiniano fué reconocer una transformación que, a su vez, se había verificado también en la teoría de la *cretio,* que no

había hecho sino reconocer la fuerza de la citada regla: *hereditas non adita non transmittitur.* En efecto, se había considerado, que cuando el heredero comprobaba que no había podido hacer la declaratoria de que hablaba la ley, porque había estado ausente en algún servicio público, debía admitírsele la excusa. Más tarde, Teodosio y Valentiniano dispusieron, que cuando el instituido era un descendiente del testador que moría antes de que se abriera el testamento, dejando a su vez por herederos a otros descendientes, se aplicase la misma derogatoria.

Por lo que se refiere a las condiciones de forma, repetiremos que muy probablemente en el derecho primitivo la aceptación de la herencia fué siempre un acto solemne. Más tarde, en el derecho clásico, no lo fué, y se llegó a admitir, según el solo testimonio de Gayo, que la adición podía hacerse por una manifestación cualquiera de voluntad: *nuda voluntate,* o bien cuando se ejercían actos de herederos, como era la venta de los bienes de la herencia: *pro herede gerando,* que decían los romanos. Al lado de estas formas existía también la *cretio,* ya analizada, que era una declaración solemne del heredero de que aceptaba, hecha ante testigos. La diferencia, pues, entre esta fórmula solemne del derecho clásico y la del derecho de los primeros tiempos, consistió en que en el primero no era obligatoria sino cuando el testador la impo-

nía. Esto en cuanto a las sucesiones civiles. Respecto de las pretorianas, se regían por principios distintos, porque la *bonorum possessio* no se acordaba sino a petición del interesado. Dirigíase éste al Magistrado con tal fín, al principio en términos sacramentales, después no, y el Pretor, sin un examen a fondo del asunto, la acordaba, pero dejando a salvo el derecho de los terceros, y especialmente el de los herederos civiles. Pero había un punto en el que ambos procedimientos diferían, y era que cuando se trataba de sucesiones que se regían por el derecho civil, el heredero no podía estar representado por otro en la adición de la herencia, al paso que en las pretorianas sí podía estarlo, de lo que se deduce que el tutor, y a veces un mandatario, podían actuar en representación del heredero.

En cuanto al plazo mismo para pedir esta posesión pretoriana, había sus diferencias con el que regía cuando se trataba de sucesiones civiles, y había que distinguir según se hubiera demandado la *possessio contra tabulas,* o la que confirmaba los nombramientos del testamento, o la que se daba a falta de este último. Desde luego que el Pretor, tomando por guía el plazo de cien días que habitualmente se concedía para la *cretio,* lo había adoptado también; pero como la *bonorum possessio* se daba siguiendo los tres órdenes apuntados: *contra tabulas, secundum tabulas* y *ab intestato,* el segundo no comenzaba a discurrir

sino cuando se sabía que no se le pediría al Pretor la primera. Además, el plazo de los cien días corría respecto del *bonorum possessor* desde que sabía que la posesión pretoriana le había sido deferida, al paso que cuando se trataba del plazo para deliberar, que también emanaba del derecho pretoriano, no corría sino desde que se le pedía al Pretor. Había también otra diferencia más, y era que cuando se trataba de un heredero extraño, el plazo se contaba por días consecutivos, al paso que cuando se trataba del *bonorum possessor,* el mismo plazo se contaba, digamos por audiencias, que eran los días en que el Magistrado administraba la Justicia. (2)

---

(2) La apertura de la sucesión en el derecho venezolano se verifica en el momento de la muerte y en el lugar del último domicilio del *de cujus,* pasando de derecho la posesión de los bienes de éste a la persona del heredero, sin necesidad de toma de posesión material. Pero si alguno que no fuere heredero, pretendiendo tener derecho sobre los bienes de la herencia, tomare posesión de éstos, los herederos se tendrán por despojados de hecho, y podrán ejercer todas las acciones que competen a los poseedores legítimos: (artículos 986 y siguientes, Código Civil citado).

Respecto de la aceptación y de la repudiación de la herencia, la misma ley establece que puede aceptarse pura y simplemente o a beneficio de inventario; que la aceptación no puede hacerse condicional ni parcialmente; que las herencias deferidas a los menores y a los entredichos no pueden aceptarse válidamente, sino a beneficio de inventario; que los inhabilitados necesitan el consentimiento de sus curadores y el mismo beneficio; que el efecto de la aceptación se retrotrae al momento en que se abre la sucesión, quedando a salvo los derechos adquiridos por terceros en virtud de convenciones a título oneroso hechas de buena fe con el heredero aparente, siendo de advertir que si la herencia ha sido enajenada de buena fe, el heredero aparente no está obligado a la restitución de frutos, y obligado, solamente, a restituir el precio recibido y a ceder su acción contra el comprador que no le hubiese pagado todavía: (artículos 990 y siguientes, Código Civil citado).

Por lo demás, la aceptación puede ser expresa o tácita según se tome el título o cualidad de heredero en un instrumento público o privado, o que el heredero ejecute un acto que suponga, necesariamente, la voluntad de aceptar la herencia, acto que no tendría

derecho de ejecutar, sino en calidad de heredero. Es de advertir que los actos meramente conservatorios, de guarda y de administración temporal, no envuelven la aceptación de la herencia, si la persona no ha tomado en ellos el título o cualidad de heredero. Considera la ley que la donación, cesión o enajenación hechas por el heredero a un extraño, a sus demás coherederos o a alguno de ellos, de sus derechos hereditarios, envuelve su aceptación de la herencia. Se le atribuye el mismo efecto a la renuncia hecha por uno de los coherederos, en favor de alguno o algunos de los demás, aunque sea gratuitamente, y la hecha en favor de todos sus coherederos indistintamente, cuando haya recibido precio por su renuncia. En cuanto a la renuncia hecha por un coheredero, no envuelve aceptación de la herencia cuando se hace gratuitamente en provecho de todos los coherederos legítimos o testamentarios, a quienes se deferirá la parte del renunciante, en caso de faltar éste. Rige en la legislación venezolana el principio de que si la persona en cuyo favor se ha abierto una sucesión, muere sin haberla aceptado, expresa o tácitamente, trasmite a sus herederos el derecho de aceptarla. Cuando no hay acuerdo entre los herederos para aceptar o para renunciar la herencia, el que la acepta adquiere sólo todos los derechos y queda sometido a todas las cargas de la herencia, considerándose el renunciante como extraño. En cuanto a los herederos que hayan aceptado la herencia del heredero fallecido, podrán renunciar a la herencia que se había deferido a este último y que no había aceptado todavía; pero la renuncia de la herencia del heredero fallecido envuelve la de aquella que se le había deferido. La aceptación no puede ser atacada, a no ser que haya sido consecuencia de violencia o de dolo. No se puede impugnar por causa de lesión. Sin embargo, dice la ley, que en caso de descubrirse un testamento, desconocido en el momento de la aceptación, el heredero no está obligado a pagar los legados contenidos en dicho testamento, sino hasta cubrir el valor de la herencia, salvo siempre la legítima que pueda debérsele. La facultad de aceptar una herencia no se prescribe sino por el trascurso de treinta años: (artículos 996 y siguientes del Código Civil citado).

## CAPITULO XX

## REPUDIACION DE LA SUCESION

Cuando el heredero extraño no hacía adición de la herencia, se reputaba, en el derecho clásico, que la renunciaba. Generalmente el heredero no se contentaba con la presunción legal, sino que expresamente declaraba su decisión de no ser heredero. Cuando el testador había impuesto que se cumpliera con las formalidades de la *cretio,* entonces se esperaba a que el plazo de ésta expirara para hacer tal declaratoria. Si no había *cretio,* desde luego que el heredero no perdía tiempo, y se apresuraba a hacer cuanto antes su manifestación de voluntad. Pero hecha ésta, producíanse efectos legales que conviene examinar, según se tratara de una sucesión civil o de una sucesión pretoriana. En el caso de la primera, la repudiación del heredero tenía por efecto hacerlo completamente ajeno a la sucesión, y entonces la porción a él correspondiente acrecía a los demás herederos. Podía darse el caso que previendo el *de cujus* la posibilidad de la repudiación, le

hubiera dado un sustituto al heredero instituido, en cuyo caso la herencia se le defería a este sustituto; pero cuando no había sustitución, lo que pasaba era que se abría la sucesión *ab intestato,* en provecho, naturalmente, del más próximo llamado. Suscitábase una duda en el derecho romano, y ello según sus distintas épocas, y era la de si la sucesión se defería de grado a grado o de clase a clase, cuando, a su vez, el heredero, a quien le tocaba por la ley la herencia, la repudiaba. Llamábase devolución de grado a grado aquella en que tratándose de agnados, por ejemplo, faltaba, digamos, el pariente más próximo del testador, porque llamado a la herencia, la había repudiado y entonces se atribuía la sucesión al agnado que venía en el grado subsiguiente. Se decía que había devolución de clase a clase, cuando faltando una, se llamaba a la siguiente. El antiguo derecho no conocía la devolución, porque siendo forzosa para los herederos suyos y necesarios la aceptación de la sucesión, no podía darse el caso de que la repudiaran. En el orden de los agnados, la regla era, como sabemos, que el más próximo excluía al más remoto, y si había renuncia o repudiación de la sucesión, el derecho civil no admitía la devolución en favor de los agnados del grado más próximo. De aquí las expresiones de Paulo: *in hereditate legitima successioni locus non est.* Pero el derecho pretoriano, por el contrario, admitió más tarde la

devolución de orden a orden, en favor de los *bonorum possessores,* y de grado a grado, en el orden de los cognados. Justiniano llegó hasta admitir la devolución de grado a grado en el orden de los agnados. Cuando este Emperador promulgó sus Novelas, que reformaron definitivamente el sistema sucesoral, la devolución se verificaba de grado a grado en cada clase, y cuando faltaba ésta, entonces la devolución se hacía a la subsiguiente. [1]

HERENCIA YACENTE

Por lo que hemos expuesto hasta aquí, se comprenderá fácilmente, que excepción hecha de la época en que existió el régimen de la propiedad familiar, en el cual el heredero no hacía otra cosa sino continuar una

(1) Por lo que hace a la repudiación de la herencia en la legislación venezolana, debe ser expresa, y constar de acto auténtico: (artículo 1.006, Código Civil citado). No le quita la repudiación al repudiante el derecho de reclamar los legados dejados en su favor, no obstante considerarse que el que repudia la herencia es como si nunca hubiera sido llamado a ella. No se sucede por representación de un heredero que haya renunciado. En las sucesiones legítimas, la parte del que renuncia acrece a sus coherederos: si no hay otro heredero, la sucesión se defiere al grado subsiguiente. En las sucesiones testamentarias, la parte del renunciante se defiere a sus coherederos o a los coherederos legítimos con arreglo a los principios que rigen el derecho de acrecer. Si el renunciante fuere el único heredero en su grado, o si todos los coherederos renunciaren, los hijos de ellos suceden por derecho propio y por cabeza. Y cuando alguno renuncia una herencia en perjuicio de los derechos de sus acreedores, éstos podrán hacerse autorizar judicialmente para aceptarla en nombre y lugar de su deudor. En este caso la renuncia se anula, no en favor del heredero que la ha renunciado, sino sólo en provecho de sus acreedores, y hasta concurrencia de sus créditos. Puede suceder que mientras el derecho de aceptar una herencia no se haya prescrito contra los herederos que la hayan renunciado, éstos puedan aceptarla si no ha sido ya aceptada por otros herederos, sin perjuicio, sin embargo, de los derechos adquiridos por terceros sobre los bienes de la herencia tanto en virtud de prescripción, como de actos válidamente ejecutados con el curador de la he-

posesión, que él, como copropietario de los bienes que componían la herencia, tenía desde en vida de su padre, la situación se complicaba cuando cambió aquel régimen, y el heredero vino a ser propiamente, el continuador jurídico del *de cujus,* desde que hacía adición de la herencia. De ésto resultaba que discurría un período entre la muerte del *de cujus* y la aceptación del heredero, en que no se sabía cual era el régimen legal de esos bienes. Fué esto, precisamente, lo que condujo a Labeón a admitir que la herencia debía ser considerada, durante ese período, como una *res nullius,* puesto que la personalidad del *de cujus* había desaparecido con su muerte, y se ignoraba si el heredero aceptaría o no la sucesión. Esta teoría de la herencia considerada como *res nullius,* de la que podía apro-

---

rencia yacente: (artículos 1.007 y siguientes del Código Civil citado). Categóricamente establece, sin embargo, el artículo 1.013, que todo el que tenga acción contra la herencia, o derecho a suceder a falta del llamado actualmente, tiene derecho de pedir al Tribunal que compela al heredero, sea legítimo o testamentario, a que declare si acepta o repudia la herencia. El Juez, procediendo sumariamente, fijará un plazo para esta declaración, el cual no excederá de seis meses. Vencido este plazo sin haberla hecho, se tendrá por repudiada la herencia. No obstante estas disposiciones legales, cuando los llamados a una herencia se encuentran en posesión real de los bienes que la componen, pierden el derecho de repudiarla, si dentro de tres meses de la apertura de la sucesión o desde el día en que se les ha informado de habérseles deferido la herencia, no han procedido conforme a las disposiciones concernientes al beneficio de inventario, y se reputarán herederos puros y simples aun cuando pretendiesen poseer aquellos bienes por otro título. Respecto de los herederos que hayan sustraído u ocultado bienes pertenecientes a la herencia, perderán el derecho de repudiarla, y quedarán constituídos en herederos puros y simples, no obstante su repudiación. Una disposición final contiene el título de la repudiación de la herencia en la legislación venezolana, ordenando que no se puede renunciar a la herencia de una persona viva, ni enajenar los derechos eventuales que se puedan tener a aquella herencia: (artículos 1.014 y siguientes del Código Civil citado).

vecharse el primer ocupante, bien que su autor no la aceptaba, condujo al Pretor a buscar fórmulas legales que descartasen aquel peligro, y así se vió que se le impuso una pena al esclavo que había sustraído los bienes del amo que le había dado la libertad en su testamento. Pero el problema seguía inquietando a los jurisconsultos, porque estos paliativos dejaban sin resolver la cuestión principal, o sea, la continuación jurídica del *de cujus* en la persona de su heredero, sin solución de continuidad. Y fué en este orden de ideas en el que Casio se situó para hacer avanzar la teoría, admitiendo que el heredero debía ser considerado como propietario de la herencia yacente, cuando ocurría la muerte del *de cujus*. Pero Juliano encontró la fórmula que resolvía acertadamente la cuestión, y apoyándose en las ideas religiosas y filosóficas que preconizaban la inmortalidad del alma, ideó una ficción jurídica, la de la herencia yacente, por virtud de la cual se consideraba que la personalidad del *de cujus* sobrevivía a su muerte, y que era ella la que se reputaba como titular de la herencia, en interés del heredero, hasta que éste manifestara su aceptación, y de aquí la expresión: *hereditas personam defuncti sustinet.*

En virtud de esta sabia ficción, cuando el heredero extraño aceptaba la herencia, los efectos de esta aceptación se retrotraían al día en que el *de cujus* había muerto, de manera que propiamente no había solución

de continuidad entre aquella muerte y la adición de la herencia. Si se trataba de herederos necesarios, entonces la situación era sencillísima, porque no necesitaban de adir la herencia para continuar la personalidad jurídica del *de cujus.* Naturalmente que el culto del finado continuaba, sin solución de continuidad, en la persona del heredero, y a éste pasaba, activa y pasivamente, el patrimonio del *de cujus,* confundiéndose con el del heredero en una sola masa. Ya hemos expuesto que esta confusión de patrimonio podía ser perjudicial, no sólo para los herederos necesarios, sino para los extraños también, a lo cual había que agregar el riesgo que esa misma confusión podía significar para los acreedores del *de cujus.* Se recordará que con tal motivo el derecho honorario creó la *separatio bonorum,* el *jus abstinendi* y el *spatium deliberandi.* Pero Justiniano complementó estas previsivas instituciones agregando el beneficio de inventario. [2]

---

(2) En la legislación venezolana, las disposiciones testamentarias que comprenden la universalidad o una parte alícuota de los bienes del testador, son a título universal y atribuyen la calidad de heredero: las demás disposiciones son a título particular y atribuyen la calidad de legatario: (artículo 823 del Código Civil citado). Ya hemos apuntado que la sucesión se abre en el momento de la muerte del *de cujus,* y que la posesión de sus bienes pasa de derecho a la persona del heredero, sin necesidad de toma de posesión material. Se recordará lo que se dijo en el Capítulo anterior acerca de la aceptación, y lo que en éste se lleva dicho acerca de la repudiación. Ahora bien, los acreedores de la herencia, y lo mismo los legatarios, tienen derecho de pedir la separación del patrimonio del *de cujus* y el del heredero, derecho éste que compete a los mismos interesados aun cuando tengan ya otra garantía sobre los bienes del *de cujus:* (artículo 1.043 del Código citado). Esta separación tiene por objeto el pago, con el patrimonio del *de cujus,* a los acreedores y legatarios que la han pedido, con preferencia a los acreedores del

Consistía este beneficio en concederle, al que lo obtenía, el derecho de pagar hasta concurrencia del activo hereditario: *intra vires hereditatis*, era la expresión que empleaban los comentadores. Estaba, sí, sujeto a una condición el referido beneficio, y era la de que el heredero debía hacer un inventario enumerativo y descriptivo de todos los bienes de la sucesión dentro

---

heredero, a menos que aquellos acreedores y legatarios hayan aceptado al heredero por deudor, en cuyo caso esta novación los priva del citado beneficio: (artículos 1.044 y 1.045, Código Civil citado). Cuatro meses concede la ley para el ejercicio de tal derecho, contados a partir de la apertura de la sucesión, debiendo los que lo ejercen proceder a la formación del inventario solemne de todos los bienes de la herencia. Puede suceder que con posterioridad a este inventario se consienta, por parte del heredero, en alguna hipoteca en favor de sus acreedores personales, sobre alguno de los inmuebles de la herencia, pero ello no perjudicaría a los acreedores y legatarios que pidieron la separación de dichos patrimonios, a cuyo efecto la ley les impone la obligación de enviar a la Oficina de Registro correspondiente a la ubicación de los referidos inmuebles de la herencia, las partidas del inventario referentes a dichos inmuebles, juntamente con la solicitud de los peticionarios, a fin de que se las protocolise en los Protocolos de hipoteca correspondientes: (artículos 1.048 y 1.050 del Código Civil citado). Esta separación de los patrimonios aprovecha, únicamente, a quienes la han pedido, y no modifica entre éstos, respecto de los bienes del *de cujus,* la condición jurídica originaria de los títulos respectivos, ni sus derechos de prelación. Por su parte el heredero puede impedir o hacer cesar la separación, pagando a quienes la han solicitado o dando caución suficiente para el pago de aquellos cuyo derecho estuviere pendiente de alguna condición o de algún plazo, o fuere controvertido: (artículos 1.051 y 1.052 del Código Civil citado). Por lo que hace a la herencia yacente y a la vacante, dispone la ley venezolana, que cuando la han renunciado los herederos testamentarios o legítimos, la herencia se reputa yacente y se proveerá a la conservación y administración de los bienes hereditarios por medio de un curador, que nombrará el Juez de Primera Instancia del lugar donde se haya abierto la sucesión, a petición de persona interesada o de oficio: (artículos 1.054 y 1.055, Código Civil citado). Este curador, para poder entrar a desempeñar sus funciones, debe prestar caución por la cantidad que fije el Tribunal, proceder al inventario de la herencia, y rendir cuentas en definitiva. Mientras tanto el Juez emplaza por edicto y por la imprenta a los que se crean con derecho a la herencia para que en el plazo de un año comparezcan a deducirlos. Pasado este año, si nadie se presenta reclamando fundadamente derecho a la herencia, el Juez la declarará vacante, y pondrá en posesión de ella al empleado fiscal respectivo, previo inventario y avalúo que se hará de acuerdo con el curador: (artículo 1.058 y 1.059 del Código Civil citado).

de los tres meses siguientes a la apertura de la sucesión. A partir del día en que el heredero conocía su vocación a la herencia, tenía un plazo de 30 días para comenzar el inventario, el cual debía estar terminado dentro de los sesenta días subsiguientes. Cuando la mayor parte de la herencia estaba distante del lugar donde residía el heredero se le concedía hasta un año. El inventario debía ser solemne, porque lo presenciaban un *tabularius*, que era un funcionario público, y además testigos. Los legatarios podían asistir al inventario, si querían, a cuyo efecto se les hacía la notificación respectiva. El heredero firmaba el inventario y prestaba juramento de ser exacto. Si se perjuraba, incurría en la pena del duplo. Con la formación de este inventario, los acreedores de la herencia quedaban asegurados de que esos bienes, que constituían la prenda que respaldaba sus respectivos créditos, no podían ser sustraídos ni ocultados, ni desligados de la obligación de responderles a ellos preferentemente que a los acreedores del heredero, pues no había entonces la confusión de patrimonios que podía serles perjudicial. Exigíase también otra condición, y era que el heredero no podía invocar el *spatium deliberandi* que resultaba inútil después de creado el beneficio en examen. En la confusión de patrimonios, que antes existía, cuando el heredero era por cualquier título acreedor del *de cujus*, su acreencia quedaba extingui-

da por confusión: con el beneficio de inventario no pasaba así, porque por lo mismo que él impedía la referida confusión, el heredero tenía el derecho de que su crédito formara también parte del inventario. Pasaba lo mismo respecto de cualquier derecho de servidumbre. Desde luego que los acreedores personales del heredero se beneficiaban indirectamente cuando el heredero había aceptado la herencia bajo beneficio de inventario, porque así sabían ciertamente que su deudor no podía menoscabar la prenda que a ellos los garantizaba. Pero si el heredero había hecho caso omiso de tal beneficio, y había aceptado, pura y simplemente, la herencia que se le había deferido, y que traía la confusión de ambos patrimonios, entonces no tenían sino el recurso que les daba el derecho común de atacar esa aceptación, por medio de la acción Pauliana, cuando había sido hecha en fraude de sus derechos. Cuando estaba practicándose el inventario, los acreedores no podían demandar al heredero. Terminado aquél, se les pagaba a aquéllos y a los legatarios también, en el orden en que se presentaban, y la obligación del heredero cesaba cuando el activo social se extinguía. Desde luego que podía también el heredero cobrarse lo que se le debía, y si por el contrario algo le debía él a la herencia, pues debía solventar esta deuda. (3)

(3) El beneficio de inventario está también reconocido en la legislación venezolana. Basta dirigirse al Tribunal de Primera Ins-

### SANCIÓN DEL DERECHO HEREDITARIO

Del mismo modo que pasaba con los demás derechos, los de la herencia estaban sancionados por acciones que el derecho civil y el derecho pretoriano había creado, atendida la fuente de donde emanaba el derecho. De aquí, pues, que el derecho civil le hubiese dado al heredero la petición de herencia y la acción de partición, y el derecho honorario al *bonorum possessor,* los interdictos *quorum bonorum* y *quod legatorum,* acciones ficticias, para hacer valer los dere-

---

tancia, quien fijará por edictos la solicitud a las puertas del Tribunal y ordenará su publicación en extracto por la imprenta. No importa que el testador lo haya prohibido al heredero. Lo esencial es que la solicitud sea precedida o seguida de un inventario solemne de los bienes de la herencia, hecho a presencia del Tribunal y testigos, el cual debe hacerse dentro de los tres meses que sigan a la apertura de la sucesión, o desde que se sepa que se ha deferido la herencia. Si se ha principiado el inventario, y, no se ha podido terminar en dicho plazo, podrá el heredero obtener una prórroga que no excederá de otros tres meses, a menos que graves circunstancias particulares hagan necesario que sea mayor. Si pasan estos plazos, sin concluirse el inventario, se considerará que el heredero ha aceptado la herencia pura y simplemente: (artículos 1.017, 1.018, 1.019, 1.021 y 1.022 del Código Civil citado). Después de terminado el inventario, el heredero que no haya hecho la declaratoria de que acepta la herencia bajo tal beneficio, tiene un plazo de cuarenta días, a contar desde la conclusión del inventario, para deliberar sobre la aceptación o repudiación de la herencia. Si pasa este lapso sin hacerlo se lo considerará heredero puro y simple. Todo esto es cuando el heredero está en posesión real de la herencia; pero si no lo está, ni mezcládose en ella, ni pedídosele, por parte de cualquier interesado, que declare si acepta o repudia la herencia, entonces los plazos para el inventario y para deliberar no comenzarán a correr sino desde el día que se fije por la autoridad judicial. Durante estos plazos, el llamado a la sucesión no está obligado a tomar el carácter de heredero, considerándosele como curador de derecho de la herencia. Si en la herencia se encontraren objetos que no puedan conservarse o cuya conservación sea costosa, el heredero puede ser autorizado por el Juez para venderlos, sin que ésto quiera decir que haya aceptado la herencia. Respecto del heredero que a sabiendas y de mala fe haya dejado de comprender en el inventario algún objeto perteneciente a la herencia, quedará privado del beneficio de inventario: (artículos 1.026, 1.027 y 1.029, Código Civil citado). Los efectos del beneficio de inventario consisten en darle al heredero las ventajas siguientes: no estar obligado al pago de las

chos reales y personales que pertenecían al *de cujus,* y por último, la *petitio hereditatis possessoria.* Ya hemos tenido ocasión de referirnos a todas estas acciones, por lo que ahora sólo diremos que cuando la acción de partición *(familiae erciscundae)* se ejercitaba, los herederos estaban obligados a lo que se denominaba la *collatio bonorum,* o sea, la colación de bienes. Venía la expresión de *confero,* que significaba llevar, agregar a un fondo común, porque traer a colación era agregar al acervo hereditario los bienes que pertenecían a los herederos a quienes la ley se los

---

deudas de la herencia ni al de los legados, sino hasta concurrencia del valor de los bienes que haya tomado, y poder libertarse de unas y otras abandonando los bienes hereditarios a los acreedores y a los legatarios: no confundir sus bienes personales con los de la herencia y conservar contra ella el derecho de obtener el pago de sus propios créditos: (artículo 1.030, Código Civil citado). Por lo demás está en la obligación de administrar los bienes de la herencia y rendir cuenta a los acreedores y legatarios, quienes tienen derecho de pedir al Juez que le fije un término al heredero para el rendimiento de esas cuentas: (artículos 1.031 y 1.033 del Código Civil citado). El heredero a beneficio de inventario paga legítimamente a los acreedores y legatarios que se presenten, salvo los derechos de preferencia de ellos, a no ser que algún acreedor u otro interesado se oponga a que haga los pagos extrajudicialmente o promueva preferencia en alguno o algunos pagos, pues entonces se harán éstos en el orden que el Juez señale. Los acreedores que no hayan hecho oposición y se presentaren después de haberse agotado toda la herencia en pagar a los demás acreedores y a los legatarios, no tendrán acción sino contra los legatarios: (artículos 1.038 y 1.039 del Código Civil citado), acción ésta que se extingue por el trascurso de tres años a contar desde el día del último pago. Están exceptuados los acreedores hipotecarios quienes no necesitan de hacer oposición para cobrarse de los bienes que están afectos al pago de sus créditos: (artículo 1.040, mismo Código). El heredero para vender los inmuebles de la herencia debe solicitar la autorización del Tribunal, y si lo omitiere quedará privado del beneficio de inventario: lo mismo con respecto a los muebles de la herencia, antes de que hayan trascurrido dos años de la declaración de aceptación bajo tal beneficio; y si los acreedores o interesados lo exigen, deberá dar garantía suficiente respecto de los bienes muebles comprendidos en el inventario, de los frutos de los inmuebles y del precio de éstos que quede después del pago de los créditos hipotecarios: (artículos 1.035, 1.036 y 1.037, Código Civil citado).

imponía. El Pretor instituyó la colación como una medida de equidad, después de haber admitido al hijo emancipado a participar en el reparto de los bienes del padre, al igual de los hijos que habían permanecido sometidos a la patria potestad. No era justo, en realidad, que todas las adquisiciones hechas por estos últimos se hubieran confundido en la masa común, al paso que no pasaba lo mismo con el caudal que hubieran podido acumular los primeros. El derecho honorario, pues, ordenó que si los hijos emancipados querían hacer uso del derecho que se les reconocía de participar en la herencia del padre, debían, por el contrario, traer a colación los bienes propios que habían podido adquirir, para que se agregasen y partiesen al hacerse partición de la herencia del *de cujus*. En realidad, pues, se trataba de una medida de equidad que evitaba el perjuicio que pudieran sufrir los hijos que no habían sido emancipados. Y tan así era ésto, que si había habido perjuicio, *(injuria, incommodum),* que decían los romanos, no había colación. Los hijos emancipados, que querían aprovecharse del beneficio de la herencia de su causante, debían traer a colación sus bienes propios, cuando eran llamados a compartir el acervo hereditario con los herederos suyos del mismo causante, que no habían salido de la patria potestad; y los bienes que debían colacionarse eran todos aquéllos adquiridos después de la emancipación, por-

que sabemos que al admitirlos el derecho honorario a la herencia en cuestión, era fingiendo que el emancipado no había dejado de estar siempre sometido a la patria potestad del *de cujus.* Con arreglo al criterio de equidad que había inspirado la institución en examen, decidió el Pretor que los peculios no podían ser objeto de colación, porque pudiendo ellos ser adquiridos por el hijo mientras estaba en la patria potestad, no podían quejarse de ningún perjuicio sufrido los herederos suyos.

Ahora bien, a imitación de esta colación pretoriana, las Constituciones Imperiales crearon otra, que consistió en que el descendiente que había recibido alguna donación de su ascendiente, trajera a colación los bienes donados cuando se trataba de repartir la herencia del donante, entre descendientes del mismo grado. Fundábase esta colación, como la anterior, en razones de equidad, y preferentemente en la voluntad presunta del causante, que al hacer la referida donación, no había querido hacer otra cosa que darle al heredero, con anticipación, una parte de lo que le correspondía, en definitiva, al abrirse la sucesión. Desde luego que había sus diferencias entre ambas colaciones: la pretoriana y la imperial, porque la primera, como lo vimos, no se verificaba sino por el hijo emancipado, respecto de los herederos suyos, y trayendo los bienes adquiridos después de la emancipación. En la

segunda, el obligado a colación era el descendiente heredero en favor de los demás descendientes, no en favor de los extraños, y ello respecto de los bienes que le hubieran venido por donación, o sea a título lucrativo, en virtud de la presunción de voluntad del *de cujus* que servía de fundamento a la teoría de la colación. [4] Naturalmente, si el descendiente había adquirido bienes del ascendiente, por otro título que no fuera el lucrativo, dichos bienes no debían colacionarse del mismo modo que se procedía con los que habían sido objeto de las llamadas donaciones remuneratorias, que aun cuando a título gratuito en su forma, en el fondo no eran sino como una paga a algún servicio que el donatario le había prestado al donante. No se colacionaban tampoco los bienes que se recibían por donaciones *mortis causa,* que examinaremos en el lugar correspondiente, porque éstas no podían explicarse por haber querido el *de cujus* anticiparle bienes al heredero, sin esperar a que fuera la partición hereditaria la que se los entregara, sino en favor especial del mismo *de cujus* y en provecho del heredero que era objeto de tales donaciones. Conducido el legislador romano por el criterio que informaba esta colación, excluía de ella, naturalmente, lo que el ascendiente había gastado por causa de enfermedad del hijo

(4) Artículos 1.077 y 1.090, Código Civil citado.

o por haberle librado del servicio militar, y lo mismo respecto de las erogaciones hechas para dotarlo con alguna carrera. [5]

### MODOS DE COLACIONAR

Había dos modos de colación en el derecho romano que eran: por manifestación y por caución. Consistía el primero en que el donatario traía a la masa hereditaria la cosa donada para los efectos de la partición; el segundo consistía en que el mismo donatario lo que

---

(5) Dispone el derecho venezolano que las donaciones hechas al descendiente del heredero se considerarán siempre hechas con la dispensa de la colación; que el ascendiente que sucede al donante no está obligado a la colación; que el descendiente que sucede en nombre propio al donante no estará obligado a traer a colación las cosas donadas a su propio ascendiente, aun cuando hubiere aceptado su herencia; que si sucede por derecho de representación debe colacionar lo que se haya dado al ascendiente aun en el caso de que haya repudiado la herencia de éste; que las donaciones hechas en favor del cónyuge de un descendiente se presumen hechas con la dispensa de la colación; que si las donaciones se han hecho conjuntamente a dos cónyuges, uno de los cuales sea descendiente del donante, sólo la porción de éste estará sujeta a colación; que estará sujeto a ella lo gastado por el *de cujus* en constituir a sus descendientes un patrimonio separado, ya con el fin de matrimonio u otro cualquiera, o de pagar las deudas de aquéllos; pero si el patrimonio constituído a una hija fuera entregado a su marido sin las garantías suficientes, la hija queda sólo obligada a traer a colación la acción que tenga contra el patrimonio de su marido; que lo dejado por testamento no queda sujeto a colación, salvo el caso de disposición en contrario, o a menos que algún legatario o donatario con derecho a legítima pida la reducción de las liberalidades hechas a algún coheredero suyo o legatario, en cuyo caso dichos legitimarios deben imputar a sus respectivas legítimas las donaciones y legados que se les hubieran hecho sin dispensa de colación; que no se deben traer a colación los gastos de manutención, curación, educación, instrucción, ni los ordinarios por vestidos, matrimonio y regalos de costumbre, ni las ganancias que el heredero haya obtenido en virtud de contratos celebrados con el *de cujus*, con tal de que éstos no hayan contenido alguna ventaja indirecta en el momento de su celebración; ni tampoco por consecuencia de las sociedades formadas sin fraude entre el *de cujus* y alguno de sus herederos, si las condiciones se han establecido por un acto que tenga fecha cierta: (artículos 1.080, 1.081, 1.082, 1.083, 1.084, 1.085, 1.086 y 1.087 del Código Civil citado).

hacía era prestar fianza de que entregaría la cosa al ser requerido para ello. [6] Diremos, por último, que había casos en que cesaba la obligación de colacionar, como pasaba cuando era el ascendiente mismo quien eximía al descendiente de tal obligación, y también cuando siendo el *de cujus* mismo quien hacía el reparto de sus bienes, no le imputaba al hijo lo que anticipadamente le había dado en donación. Era perfectamente lógico que fuese así, porque el fundamento de la colación, como lo hemos visto, no era sino una presunción legal respecto de la voluntad del *de cujus*, que en el caso concreto estaba pronunciada, clara y categóricamente, en un sentido opuesto al de la colación, como lo hemos visto. Cesaba, también, la misma obligación, cuando el descendiente no aceptaba la herencia, en cuyo caso tenía derecho a retener la dona-

---

(6) La colación se hace en el derecho venezolano, presentando la cosa en especie, o haciendo que se impute su valor a la respectiva porción, a elección del que hace la colación: (artículo 1.091 Código citado). Cuando el donatario de un inmueble lo haya enajenado o hipotecado, la colación se hará sólo por imputación, en que se atiende al valor del inmueble en el momento de la apertura de la sucesión. Cuando se hace presentando el inmueble, el coheredero puede retener su posesión hasta el reembolso efectivo de las cantidades que se le daban por impensas y mejoras del mismo inmueble. Respecto de la colación de los muebles, se hace sólo por imputación, y atendido el valor que tenían cuando se verificó la donación. La colación del dinero donado se hace tomando del que haya en la herencia la diferencia entre el donado y el que deba tocar al heredero donatario, después de agregar ficticiamente el dinero donado al que haya en la herencia. Si no hubiere dinero o si el que hubiere no bastare, el donatario puede eximirse de la colación, abandonando, hasta la debida concurrencia, el equivalente en muebles, y a falta de éstos, en inmuebles de la herencia: (artículos 1.092, 1.099, 1.100 y 1.101 del Código Civil citado).

ción. [7] Pero si el *de cujus* le había dado al heredero, por esta vía de la donación, una cantidad mayor que la que le hubiera tocado al repartirse la herencia entre él y los demás herederos, resultaba que estos últimos salían perjudicados. En el caso de segundas o ulteriores nupcias, los hijos del primer matrimonio estaban a cubierto de que el padre o la madre que sobreviviera pudiese disponer de los bienes que había recibido a título lucrativo de su primer cónyuge, pues la ley reservaba estos bienes para dichos hijos. Exigíase, sí, que éstos hubieran sobrevivido al cónyuge binubo. Justiniano consideraba en dicho caso al referido cónyuge como usufructuario de esos bienes, y a los hijos del primer matrimonio como nudos propietarios, pero ésto ha sido censurado por creerse que hubo una confusión en el citado Emperador, pues el padre podía disponer de dichos bienes, y la enajenación quedaba válida si no le sobrevivían los hijos del primer matrimonio: era sólo al faltar esta condición cuando nacía para estos hijos el derecho de anular el acto de la enajenación. Por lo demás, nos remitimos a lo que tenemos expuesto acerca de la legítima.

(7) Artículo 1.079, Código Civil citado.

## CAPITULO XXI

## DE LA DOTE

Entendían por dote los romanos, el conjunto de bienes que la mujer, o un tercero, por ella, daban al marido para ayudar a éste en las cargas del matrimonio, *ad sustinenda onera matrimonii,* que decían ellos. Ligada de manera íntima a la institución del matrimonio, resultaba lógicamente, que cuando éste era nulo, la dote también lo era. Ahora bien, si el matrimonio había sido celebrado con arreglo a las formalidades de la *confarreatio* que confería la *manus* al marido, todos los bienes de la mujer *sui juris* pasaban a éste. Debió ser, pues, tratándose de la mujer *alieni juris,* cuando fué ideada la institución en examen, que cobró terreno al establecerse la práctica del matrimonio sin *manus.* Cuando era *sui juris* la mujer, se constituía ella a sí misma la dote, o bien era el *pater familias* quien la constituía, cuando era *alieni juris.* En el matrimonio sin *manus,* la mujer tenía la propiedad de sus bienes

parafernales, y había tres masas de bienes, que eran: los del marido, los de la mujer, y los dotales, que el marido debía eventualmente restituirlos, como pasaba en los casos de repudio o de divorcio. Los referidos bienes parafernales eran los que pertenecían a la mujer antes del matrimonio o que podían llegar a pertenecerle mientras duraba aquél, siendo de observar que sobre dichos bienes no tenía el marido ningún derecho de propiedad ni de administración siquiera. Formaban como un peculio de la mujer, y la expresión con que se los distinguía de los bienes dotales, venía del griego, en cuya lengua significaba: al lado de la dote. Respecto de los bienes del marido, es de observar también, que tampoco sobre ellos ningún derecho le correspondía a la mujer. La dote fué una de esas instituciones que perduraron en el derecho romano, porque entre otras cosas las costumbres mismas le llegaron a imponer al padre el deber de dotar a la hija, y por ésto se explica que habiendo alcanzado su pleno desenvolvimiento jurídico en época de la República, hubiera subsistido hasta el derecho bizantino, en que fué sentida la necesidad de imponer ciertas restricciones al derecho del marido sobre los bienes que la constituían. Desde luego que la referida práctica entre los romanos de constituir una dote a la mujer que se casaba y de asegurarse la restitución eventual de aquélla cuando el matrimonio quedaba disuelto por el divorcio, debía

traer, por consecuencia, el que a tales fines se acudiese a una verdadera estipulación, y que la restitución fuera garantizada, de antemano, por medio de fiadores. De aquí, pues, que la acción que se intentara al efecto fuera la *ex estipulatu,* que vino a quedar sustituída, más tarde, por la *actio rei uxoriae,* cuando el sistema jurídico de la dote se perfeccionó en el derecho clásico. Ahora bien, era tal la práctica de constituir una dote en Roma a la mujer que contraía matrimonio, que no sólo era considerado por las costumbres como un deber del padre con la hija, sino que ese mismo deber llegó a alcanzar a los clientes respecto de las hijas de sus patronos, hasta que en el derecho bizantino, bajo el imperio de la legislación de Justiniano, llega a ser una obligación legal del padre, que en casos excepcionales alcanzó también a la madre. (1)

### CONSTITUCIÓN DE LA DOTE

Había tres modos de constituir la dote en el derecho romano, a saber: *datio, dictio* y *promissio.* La *dotis datio* era la forma que se empleaba cuando se trataba de la trasmisión de derechos reales, pues podían ser objetos de dote toda clase de bienes y también toda clase de derechos, así los reales como un simple crédito, pudiendo también serlo la remisión misma de una deuda. No se exigía ninguna forma especial para la

(1) Consúltese Bonfante, obra citada.

constitución de la *dotis datio,* sino que, según la cosa que fuera objeto de ella, se debía emplear la forma que el derecho civil establecía para el transferimiento o traspaso de ese derecho. Así, por ejemplo, si se trataba de una cosa *mancipi,* debía emplearse la formalidad de la *mancipatio* o de la *in jure cessio,* porque estas formas eran las que reconocía el derecho clásico para la trasmisión de la propiedad respecto de aquellas cosas. Si las referidas formas no se empleaban, la propiedad no se trasmitía, a menos que hubiera corrido el lapso legal de la usucapión. Bajo Justiniano se sabe que valía a tal objeto la simple tradición.

La *dotis dictio* y la *dotis promissio* eran dos simples promesas que se hacían obligatorias cuando se las revestía de las formalidades de la *dotis dictio,* que era una forma especial de constituir la dote, pues la *dotis promissio* no era sino una estipulación ordinaria. Más tarde, los emperadores Teodosio II y Valentiniano III, hicieron entrar entre los pactos legítimos el de la dote, bien que la práctica que privaba era la de redactar un escrito que contenía lo pactado. Bajo Justiniano se admitió lo que se llamaba la constitución tácita de la dote, que se aplicaba virtualmente cuando se trataba de un segundo matrimonio. Los *pacta nuptialia* de la época de los citados Emperadores, contenían estipulaciones accesorias que interesaba conocer, como pasaba con el uso que podía hacerse de la dote y con la perso-

na a quien debía restituírsela, y así otros detalles más; pero no podían contener nada que fuera contrario ni a a la esencia del matrimonio ni a la de la dote misma, ni haciendo más desfavorable la condición de la mujer. Esa constitución de una dote, podía hacerla la mujer misma, como lo hemos visto, y bien podía hacerla el padre de la mujer o un pariente suyo, o un extraño, y de aquí los nombres que podía tener. Así se decía que era *profectitia* cuando la constituía el padre, y *adventitia* en los demás casos; y cuando la constituía un extraño, sin reservarse la restitución si el matrimonio se disolvía, se la llamaba *receptitia.* Se recordará que la institución de la dote obedecía al propósito de contribuir a aliviar las cargas del matrimonio, y de aquí que entrase a formar parte del patrimonio del marido, pero no a título de donación, porque la formalidad de la institución le daba un carácter lucrativo, que excluía el sello gratuito que tenían las liberalidades. De aquí que las reglas concernientes a las donaciones entre esposos no le fueran aplicables, y que la mujer pudiera aumentar la dote durante el matrimonio.

### LA DOTE DURANTE EL MATRIMONIO

Mientras duraba el matrimonio, el marido conservaba la propiedad de la dote, lo que estaba conforme con el origen histórico de la institución, aun cuando,

en realidad, fuera ello poco conforme a la verdad de lo que pasaba en la práctica, toda vez que los bienes que la constituían podían eventualmente volver a entrar en el patrimonio de la mujer al disolverse el matrimonio por el divorcio, o al contraerse un segundo matrimonio, después de anulado o disuelto el primero. De aquí también que bajo el derecho bizantino, como lo observa Bonfante, se considerase que el derecho del marido, propiamente, sobre los bienes dotales, era más bien el de un usufructo legal. Pero es el caso que antes de la promulgación de la ley Julia de *fundo dotali,* dictada bajo Augusto, que le prohibió al marido enajenar los bienes dotales sin el consentimiento de la mujer, podía aquél no sólo administrarlos del modo más amplio, y adquirir los frutos civiles o naturales de esos mismos bienes, sino que sus poderes llegaban hasta disponer de ellos de una manera ilimitada, porque no sólo podía enajenarlos a título lucrativo sino a título gratuito también. Fué después de la promulgación de la citada Ley, cuando vino a quedar sentada la sanción de nulidad de aquellas enajenaciones y estar limitadas al caso en que no hubiera mediado el consentimiento de la mujer. Quedaba así la mujer casada a cubierto de la dilapidación de los bienes dotales que podía antes hacer impunemente el marido; y si acaso llegaba a concluirse la unión, por causa del divorcio, tenía ella un patrimonio que era en Roma el mejor

incentivo para una nueva unión. Por otra parte, la enunciada prohibición de la ley hacía imposible que pudiera cumplirse una usucapión contra el fundo dotal, de manera que al marido no le quedaba ni el extremo de abandonarlo para que aquella se verificase. La ley Julia tenía, sin embargo, sus casos de excepción, porque aun cuando no se aplicaba sino a los inmuebles, sucedía que cuando éstos habían sido recibidos con estimación de su valor, la convención tenía el carácter de una venta, y el marido el de un comprador del inmueble, cuyo precio retenía *dotis nominae,* como se decía. En este caso el marido podía enajenar el inmueble, aun sin el consentimiento de la mujer. Había otro caso en que, propiamente, no se trataba de una excepción de la ley Julia, sino de un caso corriente que podía suceder. Tal era cuando el fundo dotal era una copropiedad indivisa entre varios comuneros. Como la acción de división para hacer cesar esa comunidad era imprescriptible y de orden público, sucedía que uno de los copropietarios podía pedir la cesación de la comunidad, y de ello hasta resultar que el inmueble pasara a las manos de uno de los copropietarios que no fuera el marido, o a las de un extraño mismo. Era lógico entonces, que el derecho romano dispusiese que ni el marido ni la mujer podían oponerse a la enajenación del inmueble en cuestión. Había también, por último, otro caso de excepción, y era cuando se trataba

de fundos provinciales, no refiriéndose la ley Julia sino a los itálicos, únicamente.

La ley en examen no contemplaba sino la enajenación del inmueble dotal, como hemos visto; y aun cuando la expresión enajenar tiene hoy, y en una época muy adelantada del derecho romano tuvo también un sentido muy amplio, en que no sólo la venta sino también el acto de hipotecar quedan comprendidos, no era lo mismo al principio en Roma, con tanta más razón cuanto que la hipoteca no había alcanzado el grado de desarrollo que luego alcanzó y que tiene en el derecho de nuestros días. De aquí, pues, que aun cuando por la citada ley quedara prohibida la venta del inmueble, objeto de la dote, a menos que mediara el consentimiento de la mujer, sí era permitido en la práctica, al menos, hipotecarlo. Desde luego que la naturaleza misma de la hipoteca, cuya finalidad era llegar a la venta del inmueble para satisfacer la deuda que él garantizaba, hiciera ver el grave peligro que resultaba para la mujer el permitir tales hipotecas, y de aquí que la prohibición de consentirlas sobre el inmueble dotal, se uniera en definitiva a la de venderlo. Con apreciación exacta de la psicología del deudor que consiente en gravar su inmueble con una hipoteca, en que siempre se reúnen, como elementos que aconsejan la operación, la esperanza y la ilusión de satisfacer la deuda y rescatar el inmueble, lo cual es, desgraciada-

mente, lo que no pasa sino por excepción, el derecho romano, al prohibir la hipoteca sobre el inmueble dotal, lo hizo de manera tan radical, que ni el consentimiento mismo de la mujer bastaba. Un paso todavía más avanzado debían dar estas medidas legislativas dictadas en protección de la mujer casada y las cuales iban todavía más lejos de a donde ella misma llegaba, y el derecho del Bajo Imperio, reconociendo la facilidad para el marido de obtener el consentimiento de la mujer para una enajenación, debido a la natural ceguedad del afecto, prohibió radicalmente toda enajenación, entendida ésta en un amplísimo significado, en que no sólo la venta sino la hipoteca también estaban comprendidas. Así lo hizo Justiniano, como luego veremos, eliminando el consentimiento de la mujer, que no tomaba en cuenta la legislación, y que era ineficaz porque era el inmueble mismo el que era inalienable mientras estuviera afecto a la dote.

Es digno de notar, al estudiar el régimen de los bienes en el matrimonio romano, el cambio radical que va experimentando ese contrato de matrimonio, como hoy lo denominamos en el derecho contemporáneo, a medida que va evolucionando la legislación, que las costumbres van cambiando y que la mujer, sometida de un todo, en un principio, a la *manus del pater familias,* va saliendo paso a paso de este régimen, hasta alcanzar lo que hoy denominamos separación de

bienes. Así vemos, que si es verdad que en cuanto a los bienes que el marido recibía en calidad de dote, tenía él el derecho de propiedad sobre ellos sin que la mujer pudiera tener la menor intervención en punto de administración, y sólo el derecho de negar su consentimiento para los casos de una enajenación, verdad es también que la legislación se encargaba de asegurarle la devolución de esos mismos bienes, caso de disolverse el matrimonio anterior, a fin de que pudiera estar en condición ventajosa, para cuando llegara el caso de un segundo matrimonio. Podía agregarse a ésto que cuando la mujer encontraba que la administración del marido no era la de un buen padre de familia, e iba en la vía de la dilapidación, podía hacerse restituir, con anticipación, la dote. Pero si de la organización jurídica de la dote pasamos a la de los demás bienes de la mujer, cuando el régimen de la *manus* ha desaparecido por completo, entonces encontramos que el marido no tiene ni la propiedad, ni el usufructo, ni el goce de estos bienes parafernales, y que si acaso la tiene es a título de un simple mandatario. Por ésto dijimos que el derecho romano, en punto de contrato de matrimonio, pasó del extremo de la *manus*, en que el patrimonio de la mujer se confundía con el de su marido, al régimen de la separación de patrimonio de ambos cónyuges, que ha sido y sigue siendo el más perfecto y más jurídico de todos.

## RESTITUCIÓN DE LA DOTE

Hemos visto que el marido era considerado propietario de la dote mientras duraba el matrimonio, a menos que, amenazada aquélla de peligro por los motivos que quedan señalados, se hubiera visto la mujer en la necesidad de pedir que le fueran restituidos los bienes. De aquí las palabras de Paulo, que copia el Digesto: *dotis causa perpetua est, et cum voto ejus qui dat ita contrahitur ut semper apud maritum sit.* La expresión causa perpetua indicaba, efectivamente, la continuidad de la dote y la necesidad de que durara mientras el matrimonio existía, desde el momento que su misión era, precisamente, la de contribuir a las cargas que el matrimonio imponía. De aquí también, que si el matrimonio concluía de una manera natural, como pasaba cuando era la mujer o el marido quien fallecía, en el primer caso continuara aquella sirviendo a los fines de la alimentación y de la educación de los hijos, y en el segundo no se procediera a hacerla entrar de nuevo en el patrimonio de la madre, por la razón de que no siendo los hijos herederos de ella, dicha restitución no hubiera aprovechado a aquellos a quienes sí beneficiaba el que siguiera formando parte de la herencia del padre. Más tarde, como sabemos, el régimen fué cambiando, y la frecuencia de los divorcios, trajo por consecuencia el que el legislador to-

mara las medidas que hemos visto que tomó para poner a salvo esos bienes para el caso de un segundo matrimonio de la mujer. Fué por esto por lo que, en la práctica, vinieran los pactos de restitución de la dote en caso de disolución del vínculo matrimonial, y el aseguramiento de esta restitución por medio de contratos accesorios de fianza. Sucedía a veces que en un matrimonio que terminaba en un divorcio, habían nacido hijos, y entonces pasaba que hubiera sido injusto pedirle al marido la restitución total de los bienes dotales. Entonces lo que pasaba era que al intentar la mujer la acción *arbitrio rei uxoriae,* que le daba derecho a reclamar sólo la restitución de la parte de aquellos bienes que en equidad pudieran corresponderle, el Juez hacía la estimación judicial del caso, pero si la acción que se intentaba era, simplemente, la *rei uxoriae,* por haber mediado una estipulación de restitución que estaba sancionada por dicha acción, entonces el Juez carecía del poder amplio que tenía el árbitro en el caso anterior, y no podía acordar sino la restitución total, porque la *rei uxoriae* era acción de derecho estricto, al paso que la *arbitrium rei uxoriae,* era de buena fe y estaba clasificada entre las llamadas *in bonum et aequum concepta.* Más tarde se llegó todavía más lejos, y prevista la restitución de la dote a la disolución del matrimonio, el marido viudo no podía conservarla. Cuando era el marido quien moría también, se le

entregaban los bienes dotales a la mujer, siempre conducido el legislador romano por la idea de favorecer algún segundo matrimonio de donde pudieran derivarse hijos para el Estado. En el derecho clásico la teoría jurídica de la restitución de la dote se regía por los siguientes principios: cuando había habido estipulación de restituir los bienes dotales a la disolución del matrimonio, cualquiera que fuese la causa de la disolución, debían restituirse: si no había habido estipulación de restituir, debía serle devuelta la dote a la mujer, cuando sobrevenía el divorcio o cuando venía la muerte del marido. Por último, cuando la mala administración de éste o la dilapidación de los bienes le hacen concebir a la mujer algún temor acerca de la restitución, podía pedir que le fueran devueltos sin esperar a la disolución del matrimonio.

### CONDICIÓN JURÍDICA DE LA DOTE EN EL BAJO IMPERIO

Era perfectamente explicable que hubiera sufrido una alteración completa el principio de la perpetuidad de la dote, y que la regla fuera más bien la restitución de aquélla. De aquí, pues, que la mujer tuviera el ejercicio de la *actio rei uxoriae* para el caso en que, disuelto el matrimonio a causa del divorcio, se encontrara la mujer con que al ser constituída la dote no había mediado ningún pacto de restitución. Pero esta acción, a que nos referimos, no tenía el carácter de

acción de derecho estricto, que sí tenía en el derecho clásico, y de aquí que al ser intentada por la mujer, el Juez de la causa tomara en cuenta una gran cantidad de elementos que podían conducirlo a que no fuera total la restitución, sino simplemente parcial. El Juez apreciaba las circunstancias que habían dado motivo legal al divorcio, así como la existencia de hijos en el matrimonio y otras circunstancias más que lo llevaban a darle una solución equitativa al asunto, determinando la parte de los bienes dotales que debían quedar en poder del marido, y la parte de ellos que debía ser devuelta a la mujer. En el derecho bizantino la regla, pues, era la equidad en este caso, y de aquí que el marido a quien se pedía la restitución de la dote, podía invocar, a su favor: el beneficio de competencia, en primer término; el derecho a ciertas retenciones; el beneficio del edicto de *alterutro;* y los plazos de restitución.

El beneficio de competencia le daba al marido el derecho a no ser obligado a pagar sino hasta concurrencia de lo que poseía, o sea, en la medida de los recursos que tenía: *in id quod facere potest,* evitándose así una condenatoria a prisión que era la consecuencia que tenía para un insolvente una condenación *in solidum,* apoyada en el carácter penal que tenía la *rei uxoriae.* El derecho a las retenciones era lo que le daba a la acción el carácter de acción de buena fe que

tenía, porque en virtud de ese derecho el Juez podía, como lo hemos visto, dejar una parte de la dote en poder del marido, y sólo acordarle el resto a la mujer. Estas retenciones, según la naturaleza y objeto de cada una de ellas, tenían sus denominaciones propias y así había la *retentio propter mores,* y la *propter libera,* y *la propter impensas,* y así otras más. [2] Estas retenciones tenían su origen en principios de moral que las costumbres sancionaban, como pasaba con las dos primeras, y que por su mismo carácter personal pertenecía sólo su ejercicio al marido y no a los herederos de éste, lo cual no pasaba con las otras, *la propter impensas,* por ejemplo, que tenía un carácter pecuniario, porque debía su origen a la necesidad de que no hubiera un enriquecimiento en perjuicio de otro, lo que hubiera sido contrario a la equidad. En efecto, si el marido había hecho gastos necesarios en la conservación y mejora de la dote, no hubiera sido justo que ésta hubiera pasado a las manos de la mujer divorciada sin deducción de lo que el marido había empleado en esas mejoras. La equidad misma imponía en este caso que no todas y cualesquiera mejoras podían dar origen a la retención, porque si eran simplemente voluptuarias no hubiera sido justo que sobre la mujer hubiese gravitado el peso de una inversión que no estaba compensada con el mayor valor de la cosa. Se-

(2) Puede consultarse Girard, obra citada, texto y notas.

guíanse, en estos casos, las mismas reglas que se aplicaban, por ejemplo, en materia de arrendamiento, y si la cosa agregada al inmueble dotal podía separarse sin detrimento de éste, se le acordaba al marido el derecho de hacer esa separación. Es claro, naturalmente, que si la mujer se oponía a esta separación, el marido tenía derecho a la deducción. Cuando era la acción *ex stipulatu* la que se intentaba, como esta acción no creaba el privilegio que sí creaba la *rei uxoriae,* el constituyente de la dote estaba obligado a formar parte del concurso de acreedores que emanaba de los distintos créditos que podían existir contra el deudor, y tomar, solamente, la prorrata que le tocara en el reparto. En la acción *rei uxoriae,* por el contrario, la mujer tenía un privilegio legal en sus manos que le permitía hacer valer su acreencia con preferencia a los demás créditos contra el marido. Cuando se trataba de un inmueble dotal, que no había salido del patrimonio del marido, como allí estaba radicado su derecho al disolverse el matrimonio, la mujer podía obtener fácilmente el inmueble. Si el marido lo había traspasado a un tercero, pues entonces tenía la mujer una acción reivindicatoria para hacerlo restituir al patrimonio del marido, y a ejercer sobre el inmueble su crédito privilegiado con preferencia a los demás acreedores. (3)

---

(3) Véase Girard, obra citada.

### EDICTO DE ALTERUTRO

Obedeció este Edicto a una razón de equidad. Sucedía que cuando el matrimonio *sin manus* terminaba por la muerte del marido, la mujer no era considerada heredera suya de aquél, y por lo tanto quedaba expuesta a la miseria. Las costumbres tendían a remediar esta injusticia, imponiéndole al marido la necesidad de depararle algún legado a la mujer, o bien dejarle la dote a título de aquél. La introducción, más tarde, de la *rei uxoriae,* no derogó este uso, que siguió siendo lo que se hacía en la práctica, de donde resultaba que la mujer recobraba su dote por medio de la citada acción y también su legado en virtud del derecho que le daba el testamento. Esto era lo que pasaba cuando había sido pactada la restitución de la dote. Ahora bien, cuando no había habido tal estipulación, y el marido le dejaba un legado a la mujer, se presumía entonces que éste había sido dispuesto en compensación, digamos, de la dote, y de aquí que el citado Edicto le hubiera impuesto a la mujer la disyuntiva de optar, bien por la dote, o bien por el legado.

### PLAZOS PARA LA RESTITUCIÓN DE LA DOTE

Obedecían estos plazos a remediar una situación que estaba en la naturaleza de las cosas, porque si bien había casos en que lo que se había recibido en dote era un inmueble o cosas *in specie*, había otros en que el

fondo dotal estaba constituído por cosas fungibles. En los dos primeros casos era lógico que no se le dieran ni al marido ni a sus herederos, plazos para la restitución, pero hubiera sido imprudente no acordarlos cuando se trataba de las cosas fungibles que por lo mismo que podían ser consumidas, pudiera muy bien pasar que el marido no tuviera en el momento inespeperado de sobrevenir la disolución del matrimonio, cosas del mismo género y de la misma calidad para entregarlas a la mujer. De aquí, pues, que se le hubiera permitido al marido, en dicho caso, devolver esas cosas en tres anualidades: *annua, bima, trima die,* que decía el derecho romano.

Tal era la situación legal de la dote en el Bajo Imperio, como hemos dicho, pero bajo Justiniano, especialmente fueron introducidas algunas modificaciones. Como lo hace observar, con toda claridad, Girard, el principio según el cual el marido sobreviviente conservaba la dote para que pasara luego a los hijos nacidos del matrimonio, no tenía ya razón de ser después que el hijo fué considerado no sólo heredero del padre, sino de la madre también. Por otra parte el favor con que habían venido siendo vistos los segundos matrimonios, había cambiado del todo bajo el imperio de las ideas cristianas, que cada día cobraban mayor autoridad, y de aquí que Justiniano entre estas dos corrientes de opiniones que tendían a la supresión de la ac-

ción *rei uxoriae,* y a la necesidad de no acordarle al marido en propiedad una parte de la dote, cuando el matrimonio se disolvía, sino simplemente su derecho de goce y su usufructo, lo que hiciera fuese mantener el principio de la restitución de la dote aun cuando no hubiera habido convención expresa sobre el particular, pero despojando a la acción *rei uxoriae* de todo carácter de derecho estricto, y por medio de una fusión de ella con la acción *ex stipulatu,* en que los rasgos mismos que tenía esta acción en el derecho clásico aparecían un tanto cambiados, vino a resultar que el marido no tenía derecho a ninguna retención ni a prevalerse del Edicto de *alterutro.* Podía, sí, oponer el marido, el beneficio de competencia y gozar de un plazo de un año para la restitución así de muebles como de inmuebles, cuya estimación no había sido hecha al constituir la dote; pero si la estimación se había efectuado, entonces la restitución debía hacerse inmediatamente.

### DONACIONES PROPTER NUPTIAS

Esta clase de donaciones llamadas *propter nuptias,* porque era con motivo de un matrimonio como se hacían, tuvieron su origen en la antigua costumbre que había en Roma de hacerle regalos el futuro marido a su futura mujer en vista del matrimonio que iban a contraer, y de aquí que a estas donaciones se las llama-

ra donaciones *ante nuptias.* Justiniano las permitió durante el matrimonio también, y de aquí que las llamara donaciones *propter nuptias.* Ahora bien, como este Emperador, al fijar el régimen legal de esta clase de donaciones lo que hizo fué acentuar, evidentemente, el parentesco que desde un principio tenían las donaciones *ante nuptias,* con la dote, es precisamente al referirnos a esta última cuando debemos también tratar de aquéllas. En realidad, las donaciones *ante nuptias* eran practicadas como un uso destinado a favorecer a la mujer, cuando el divorcio era declarado en su favor por alguna causal legal imputable al marido, y también en el caso de premuerte de éste. Generalmente había un acuerdo de voluntades entre los futuros cónyuges, para arreglar la situación según que se verificasen o no las dos hipótesis previstas en favor de la mujer, porque si era ésta la que moría antes del marido, o también la que había motivado el divorcio, la condición propiamente que daba lugar a esta clase de donaciones faltaba, y entonces era natural que al marido le fuera transferida de nuevo la propiedad de las cosas que habían sido objeto de estas donaciones. Desde la época de Teodosio II y de León, había, en el fondo, un paralelismo entre la dote y las citadas donaciones *ante nuptias;* pero bajo Justiniano es tal la semejanza de ambas instituciones, que las donaciones *propter nuptias* debían tener el mismo monto que la

dote; los bienes que la componían eran también inalienables como los inmuebles dotales, si el marido estaba autorizado a conservar la dote en totalidad o en parte, caso de sobrevivir a la mujer, y lo mismo debía entenderse tácitamente respecto de ésta en lo relativo a los bienes que constituían la donación *propter nuptias;* y por último respecto de los bienes de esta última, había el mismo privilegio hipotecario de que hablamos al referirnos especialmente a la dote. En realidad, la donación *propter nuptias* ya hubiera sido constituída por el marido antes o durante el matrimonio, o por el padre del marido, como era también el uso, era un medio de procurarle a la mujer viuda o divorciada por hechos imputables al marido, recursos más grandes de los que le daba la dote, desde el momento en que ella podía recoger no sólo ésta sino los bienes que eran objeto de la donación *propter nuptias.* Ambas instituciones, como ya lo hicimos notar, eran similares, y de aquí que al disolverse el matrimonio en las condiciones que quedan analizadas, se estableciera como regla por seguir, que la donación le pertenecía a la mujer en todas las hipótesis en que el marido estaba autorizado a conservar la dote, como lo estableció el mismo Justiniano por una de sus Novelas. [4]

---

(4) Véanse Girard, obra citada, y Gastón May, obra también citada.

NOTA.—La dote no forma parte de la legislación venezolana. En el Código Civil sólo existe el artículo 1.469 que ordena que quien

promete patrimonio a alguno de los cónyuges debe pagarlo de sus propios bienes, aunque tenga en su poder bienes del esposo a quien ha hecho la promesa, a menos que al hacerla exprese lo contrario, lo cual no sólo es semejante a la regla que se encuentra establecida, respecto de la promesa de dote, en las legislaciones que han sancionado principios especiales para el régimen dotal, como lo observa Dominici en sus Comentarios al Código Civil, sino que el artículo resulta no sólo inútil, sino hasta de difícil inteligencia, como observa Sanojo en sus Comentarios al mismo Código, por lo cual él no ve sino una reminiscencia de la antigua constitución de la dote, según la cual podían muy bien los padres y los guardadores tomar parte de los bienes de la menor para constituirle una dote. No quiere ésto decir que esté ella prohibida en nuestra legislación: el régimen legal de los bienes en el matrimonio, según el artículo 1.466 del citado Código, es la sociedad conyugal, cuyo efecto es hacer comunes de ambos por mitad las ganancias o beneficios obtenidos durante el matrimonio; pero los esposos pueden establecer cualesquiera otros regímenes, el mismo dotal, si así lo decidiesen, o el de la separación de patrimonios, con tal que se establezcan con anterioridad al matrimonio, con las formalidades que la ley exige, y que no haya ningún pacto contra las leyes o las buenas costumbres, o en detrimento de los derechos y obligaciones que respectivamente tienen dichos esposos en la familia, y los contrarios a las disposiciones prohibitivas del mismo Código Civil, y las establecidas sobre divorcio, separación de cuerpos, emancipación, tutela y sucesión hereditaria: (artículo 1.458 y 1.459 del Código Civil citado).

## CAPITULO XXII

## DONACIONES

La donación era en Roma uno de los medios o modos de adquisición, entendiéndose por ella un acto espontáneo de liberalidad, por el cual, una persona que se denominaba el donante, consentía, gratuitamente, en una disminución de su patrimonio, en provecho de otra persona, que se denominaba el donatario. No exigía el derecho romano, como un elemento esencial de la donación, que fuese aceptada por el donatario, pero cuando había la aceptación de éste, entonces dejaba de ser un acto para quedar convertida en un contrato, que es el carácter que tiene esencialmente en nuestra legislación. [1]

De la definición que antecede se deduce, que en el derecho romano la donación exigía la reunión de tres condiciones, a saber: la primera, que hubiera *animus donandi,* o sea intención de donar, porque si

---

(1) Artículo 1.127, Código Civil citado.

se procedía, por ejemplo, en cumplimiento de una obligación natural, que se quería espontáneamente cumplir aun cuando se supiera que se estaba al abrigo de una condenación judicial, entonces no se estaba en presencia de una verdadera donación, porque el que cumplía la obligación natural no disminuía su patrimonio en favor de su acreedor movido por el sentimiento de liberalidad que la Ley exigía, sino constreñido por la fuerza de un sentimiento moral que lo obligaba en conciencia a cumplir aquella obligación. Lo mismo pasaba en el caso en que se llegaba a una transacción para evitar el enojo de continuar un juicio, aun cuando el litigante que la celebraba hubiera tenido la plena convicción de la injusticia y temeridad de la demanda, y así en otros casos más. La segunda condición era que hubiese una disminución en el patrimonio del donante, entendida en un amplio sentido, comprendido aquél en que lo que hacía el donante era renunciar, por ejemplo, a una herencia en favor de otro heredero, porque si a primera vista aparecía como si el patrimonio del donante no se disminuía por el hecho de no haber sido adquirida todavía la herencia renunciada, en realidad, la contradicción no era más que aparente, porque el resultado era el mismo que si se hubiera aceptado primero la herencia para luego desprenderse de ella el renunciante en favor del beneficiario. Algunos autores se valen de la expresión:

enajenación por parte del donante, al hablar de esta segunda condición, no tomando aquella expresión en su sentido técnico y estrecho de transferimiento de propiedad, sino en el sentido lato que abarca no sólo el abandono de un derecho, sino también la aceptación de una carga. (2) La tercera condición consistía en que hubiera habido alguna adquisición para el donatario, que pudiese apreciarse en dinero. La palabra adquisición tenía, pues, en la materia a que estamos refiriéndonos, un carácter muy amplio, pero muy preciso.

La donación no tenía en el antiguo derecho romano una forma propia, digamos, y de aquí que se la hiciese por medio de una dación, valiéndose para ello de los medios legales que existían para trasmitir el dominio; o por medio de la estipulación y también del contrato *litteris,* o bien, por último, empleándose el modo solemne de la aceptilación. En el derecho bizantino, bajo Justiniano, se admitió también el pacto como una de las formas bajo las que podía hacerse la donación y lo mismo el simple pacto, que en este caso daba lugar a la excepción *pacti conventi.* Estas distintas formas eran las que se empleaban según la naturaleza del acto patrimonial de que era objeto la donación. Así, por ejemplo, si lo que se quería era donarle a otro la propiedad de una cosa, se requería la tradición de esta cosa: si se trataba de una donación

(2) Véase Accarias, obra citada, tomo I.

liberatoria, la forma era la aceptilación, o bien un pacto de *non petendo,* según algunos expositores; si se trataba de la simple cesión de un crédito, bastaba la cesión de la acción, y así según los casos. (3)

En realidad la donación no era muy practicada en los primeros tiempos, y no era vista con favor por el legislador. De aquí, que el Tribuno Lucio Cincio Alinento hubiera propuesto un Plebiscito, que lleva el nombre de *Lex Cincia de donis et muneribus,* dado en el año 550 de Roma, que restringió la facultad de hacer donaciones. Esta misma disposición legal, que rigió hasta el siglo III de nuestra éra, contenía también una disposición por la cual prohibía que a los abogados les fuesen remunerados sus servicios mediante honorarios. La ley Cincia fijó un máximum a las donaciones que se hacían a los extraños, o sea a las personas que no fueran parientas del donante, hasta el quinto grado inclusive; pero era una ley imperfecta, en el fondo, porque no anulaba las donaciones que se hacían en contravención a sus disposiciones, ni se sabía tampoco del alcance de la expresión *legitimus modus,* de que ella se valía, para fijar el monto de las donaciones que era permitido. El derecho pretoriano, que desarrolló los principios de esta ley, no anuló tampoco la donación que excedía el *modus:* exigía, únicamente, que el donante

(3) Véanse Bonfante, obra citada, y May, obra citada.

se hubiera desprendido absolutamente de la cosa, con lo cual se evitaba que pudiera hacer valer la *exceptio legis Cinciae.* Ahora bien, cuando éste no era el caso, y el donatario demandaba al donante para que cumpliera la donación que contravenía a la citada ley, el donante podía oponer, con éxito, la citada excepción. En realidad, pues, la ley en examen, lo que hacía era impedir que la donación quedase perfecta desde el principio, porque si se trataba, por ejemplo, de la donación de una cosa *mancipi,* un fundo itálico, digamos, y el donante, en vez de hacer la tradición y la mancipación del inmueble había hecho solamente esta última, resultaba que al ser demandado podía oponer, también victoriosamente, la citada excepción; y si había hecho la tradición, pero no la *mancipatio,* que era la que podía trasmitir el dominio, resultaba que seguía siendo él propietario quiritario de la cosa y podía reivindicarla, mientras no se hiciese valer contra él una usucapión, y a la excepción *rei donatae et traditae,* oponía, también victoriosamente, la *replicatio legis Cinciae.* (4)

Cuando la donación, que caía bajo la prohibición de la ley Cincia, se hacía por medio de una promesa, exigíase que la cosa hubiera sido entregada, sabiendo el donante lo que la citada ley estatuía, en cuyo caso

(4) Véanse Accarias y May, obras citadas.

no podía invocar la excepción antes nombrada. Ahora bien, cuando se había empleado la forma de la aceptilación, la donación quedaba irrevocable, lo que no pasaba con el pacto de *non petendo,* el cual, según algunos expositores, sí daba lugar a la referida excepción. Los herederos del donante, diremos, por último, podían invocar también el beneficio de la Ley Furia, pero si aquél había tenido hasta su muerte el *animus donandi,* perdían aquel derecho.

Al régimen de la Ley Cincia siguió luego, en el derecho bizantino, lo que una Constitución de Constantino llamó insinuación. Consistía ésta en la necesidad de la redacción de un escrito, y su inserción en algún registro público, a lo cual había que agregar la tradición de la cosa donada. Más tarde, Teodosio el Joven y Valentiniano hicieron innecesario el escrito, y Justiniano hizo otro tanto respecto de la tradición. Era válida, pues, bajo el derecho de este último, la donación que se hacía bajo la simple promesa de donar. Con todo, Justiniano exigió la insinuación cuando la donación excedía de quinientos sueldos, *(solidi),* que era volver de nuevo a caer en el sistema de las prohibiciones que habían inspirado la ley Cincia. Pero si la donación se hacía en diferentes partidas que individualmente no alcanzaran al límite fijado de los quinientos sueldos, o para la constitución de una renta que, en un año, tampoco la excediera, entonces no se requería la insinuación.

El derecho romano hacía las siguientes divisiones de las donaciones:

(a) donaciones entre vivos, y por causa de muerte;

(b) donaciones entre esposos;

(c) donaciones *propter nuptias.*

En las donaciones entre vivos el donatario adquiría, actual e irrevocablemente, la propiedad de las cosas donadas, a menos de sobrevenir alguno de los motivos que luego examinaremos. [5] Como lo está indicando la expresión, el donante la hacía sin pensar en la muerte del donatario, al paso que en las que se denominaban por causa de muerte, como era siempre la consideración de ésta la causa determinante, equivalían en el fondo a un legado. Entre las donaciones entre vivos debemos colocar ciertas donaciones especiales, que denominaban *sub modo* los romanos, y también la donación remuneratoria. En la donación *sub modo* o modal, el donatario asumía la carga de una prestación. [6] De aquí, pues, que en el derecho del Bajo Imperio lógicamente tuvieran, tanto el donante como sus herederos, una acción para reclamar el cumplimiento de la obligación que pesaba sobre el donatario, acción ésta que también correspondía a los terceros interesados por ser el patrimonio de ese donan-

---

(5) Artículo 1.127, Código Civil citado.

(6) Artículo 1.128, Código Civil citado.

te, como lo era el de todo deudor, la prenda de sus acreedores, y ser dicha acción parte de ese mismo patrimonio. A estos últimos se les concedía una acción útil, *(actio utilis):* al donante y a sus herederos la acción de lo estipulado, que era la *praescriptis verbis.*

La donación remuneratoria era aquella que tenía por objeto, no ya imponerle una carga al donatario, sino, por el contrario, retribuir algún servicio que éste le había prestado al donante; y difería de las otras en que no estaba sometida a las causas de revocación que luego examinaremos, lo cual venía de su naturaleza misma. [7] Volviendo sobre la donación *mortis causa,* debemos observar que si bien en un sentido general designaba la donación ordinaria hecha en previsión de una muerte próxima o temiendo este peligro, en rigor y jurídicamente, la donación *mortis causa* en el derecho romano y antes de venir a quedar asimilada de un todo a un verdadero legado, que fué lo que pasó bajo la legislación de Justiniano, era propiamente la que no venía a quedar perfeccionada sino después de la muerte del donante, a menos que aquél la hubiera revocado, de donde resultaba, naturalmente, que la supervivencia del donante borraba absolutamente la donación, extinguiendo todos sus efectos jurídicos. De aquí, pues, que entraran en la categoría de donaciones

(7) Artículos 1.128 y 1.163, Código Civil citado.

*mortis causa,* como lo hace observar Accarias: 1º, las que estaban expresamente sometidas a las dos referidas causas de revocación, aun cuando donante y donatario no las hubieran calificado de tales; 2º, las que se presumían sometidas a la una o a la otra causa de revocación, o solamente, a la supervivencia del donante, quedando excluídas de dicha clasificación aquellas en que había la declaratoria de que subsistirían no obstante la supervivencia del donatario, aun cuando a dichas donaciones se las hubiera dado el calificativo de *mortis causa.* Para precisar todavía más este punto de las donaciones *mortis causa,* podría agregarse que en ellas convenían las partes que serían irrevocables por la muerte del donante, acaecida antes de la del donatario. La forma que generalmente se empleaba en Roma era la del legado; pero al fin de la República, y bajo el reinado mismo de Augusto, se promulgaron varias leyes que restringían la libertad de legar: leyes *Furia testamentaria* y *Falcidia,* y *Julia* y *Papia Poppaea,* y de aquí que se hubiera acudido al empleo de la donación *mortis causa,* para eludir el rigor de estas leyes.

Ahora bien, sucedía en la práctica que había que estudiar cuidadosamente cual había sido la intención del donante al ordenar una donación de la clase que examinamos. Si la intención de aquél había sido, por ejemplo, que el donatario entrara inmediatamente a

disponer de la cosa bajo la sola condición de que él muriera antes, lo que había, propiamente, era una donación pura y simple sometida a una condición resolutoria. Si lo ordenado o lo convenido era que el donatario recibiese la cosa al acaecer la muerte del donante, la donación era condicional. Las donaciones *mortis causa,* por lo mismo que vinieron a ser, como hemos dicho, un medio que sustraía al cumplimiento de leyes dictadas en consideración de orden público, como hoy decimos, terminaron por ser sometidas al imperio de estas leyes, hasta que Justiniano las dispensó de las formalidades a que estaban sometidas las otras, y de una manera general, las rigió por los mismos principios que gobernaban a los legados. Sin embargo, no dejaba de haber sus diferencias entre éstos y aquéllas. Así, por ejemplo, la donación suponía, generalmente, una convención que la acercaba al contrato, alejándola, por completo, del carácter unilateral que tenía el legado, que era, propiamente, un simple acto de última voluntad. A ésto podría agregarse que el legado era un modo de adquirir o de llegar a ser acreedor, al paso que la donación *mortis causa* no tenía este carácter. Por último, en la donación *mortis causa,* como lo hemos visto, el donatario, aun viviendo el donante, podía entrar en posesión de la cosa donada, lo cual no podía pasar con el legado.

## DONACIONS ENTRE ESPOSOS

Se recordará, por lo que expusimos al hablar de las justas nuptias, que cuando la mujer quedaba *in manu mariti* no podía tener un patrimonio propio, de donde resultaba que no podía adquirir esta clase de donaciones. Cuando el matrimonio se contraía sin *manus,* entonces sí podía adquirirlas. Tal fué la práctica en Roma hasta el fin de la República en que dichas donaciones quedaron prohibidas. [8] Había, sin embargo, algunos casos de excepción en que se las permitía, como pasaba en las donaciones *honoris causa,* que tenían por objeto obtener o recibir una dignidad, en la donación *exilii causa,* y en otros casos especiales. La reacción contra estas donaciones, al fin de la República, fué radical, y la sanción, era que resultaban nulas. Pero más tarde un Senado-Consulto de Antonio Caracalla, volvió a permitirlas virtualmente, dándole al donante, sin embargo, el derecho de revocarlas cuando su consentimiento no había sido libre o cuando el cónyuge donatario se había hecho indigno. Si el donante moría sin revocar la donación, [9] y el matrimonio no se había disuelto, la donación era válida. Una cosa singular pasaba en Roma con estas donacio-

(8) Artículo 1.131, Código Civil citado.

(9) Artículo anteriormente citado, único aparte.

nes, y ésto mismo es lo que ha venido repitiéndose en el derecho moderno, y era que la donación en examen se reputaba nula desde su principio, y así permanecía hasta la muerte del cónyuge donante; pero si éste no la había revocado, entonces propiamente renacía la donación. Justiniano equiparó estas donaciones a las *intervivos* y las sometió a la insinuación.

Respecto de las donaciones *propter nuptias*, se recordará que quedaron analizados en el Capítulo relativo a la dote.

REVOCACIÓN DE LAS DONACIONES

Aun cuando en principio la donación era irrevocable en Roma y cuando se trataba de una donación inter-vivos entraba el donatario, como lo hemos visto, desde un principio en posesión irrevocable de la cosa donada, había casos, sin embargo, y causas establecidas en la ley, que tenían por efecto cambiar la referida estabilidad de la donación, y anular sus efectos. Cuando la donación era *sub modo* y el donatario no cumplía con la carga que se había impuesto, se comprende, fácilmente, que la donación fuera anulada en este caso. [10] En realidad, se estaba a presencia de un verdadero contrato, cuya resolución era acarreada por el incumplimiento de la obligación impuesta. Pero había otros casos en que eran consideraciones de orden pú-

(10) Artículo 1.154 del Código Civil citado.

blico, o de un alto interés moral, lo que conducía al legislador romano a disponer que la donación quedara revocada en tales casos. Así pasaba cuando el donante, que no tenía hijos al determinarse a favorecer a otra persona con su donación, venía más tarde a tenerlos. (11) Era justo en este caso que aquel patrimomonio viniera a favorecer al hijo y no al extraño, y de aquí que el derecho romano hubiera colocado entre las causas de revocación de una donación la superveniencia de hijos. Esta causal no tuvo en Roma, en su origen, el carácter general que tiene en el derecho contemporáneo, y sólo fué dictada por los Emperadores Constantino y Constante en favor del patrono a quien le sobrevenía un hijo después de haber hecho una donación en favor de su liberto. En Roma, por lo menos, desde los tiempos del Emperador Filipo, la donación hecha por el patrono a su liberto se consideraba siempre revocable. La ingratitud del donatario era también una causa de revocación de la donación, por un alto motivo de moral que se explica por sí mismo. (12) Bajo Justiniano fué mantenida esta causal de revocación; pero la acción del donante no pasaba a sus herederos ni podía intentarse tampoco contra los del donatario. (13)

(11) Mismo artículo.

(12) Mismo artículo.

(13) Artículo 1.158, Código Civil citado. La ley venezolana le concede al donante el plazo de un año para intentar la acción de nulidad, y no es ésta trasmisible a los herederos del donante, sino, únicamente, cuando éste muere después de haberla intentado.

Por lo demás, el motivo de ingratitud no quedó sometido a la simple apreciación del donante, sino que la ley lo precisó. De aquí, pues, que se exigiera, o bien una injuria atroz del donatario para con el donante, o una violencia material ejercida contra este último, o el haber puesto en peligro su existencia. [14]

---

(14) Artículo 1.157, Código Civil citado. La ley agrega el caso de haberle rehusado el donatario alimentos al donante.

Por lo demás la legislación venezolana estatuye que no pueden ni disponer ni recibir por donación los que no podrían testar o recibir por testamento; que la donación hecha a un menor o a un entredicho debe ser aceptada por sus representantes legales, y lo mismo las que se hacen a los cuerpos jurídicos; que es nula la donación hecha bajo condiciones imposibles o contrarias a la ley o a las buenas costumbres; que el donante puede estipular la reversión de las cosas donadas cuando muera el donatario antes de él, como para cuando mueran el donatario y sus descendientes. Respecto de las sustituciones sólo las admite en los casos y límites establecidos para los actos de última voluntad, y en cuanto a saneamiento lo impone, únicamente, cuando ha sido expresamente prometido, o cuando la donación impone cargas al donatario, y ello hasta concurrencia del monto de éstas, o cuando la donación se hace en consideración de un matrimonio futuro y en favor de uno de los esposos, o cuando la evicción proviene de dolo o de un hecho personal del donante. Ahora bien, cuando las donaciones que ha hecho una persona durante los diez últimos años de su vida, han excedido la cuota disponible, aquéllos a quienes la ley reserva legítima y sus herederos y causahabientes, tienen derecho a que dichas donaciones se reduzcan, aplicándose las mismas reglas establecidas para obtener la reducción de las disposiciones testamentarias que comprometieran dichas legítimas, principiándose por la última donación en fecha y subiendo de las más recientes a las más antiguas, como se hacía en el derecho romano.

# LIBRO TERCERO



## CAPITULO I

# OBLIGACIONES

*Concepto de la obligación.—División de las mismas*

Los romanos definían la obligación así: *obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura,* lo cual corresponde a la idea de un vínculo de derecho que necesariamente obliga a pagar alguna cosa, según el derecho civil. La definición que antecede es correspondiente a la época más adelantada de la evolución del derecho romano, y concuerda con el concepto que de la obligación tiene el derecho contemporáneo, al cual ha sido trasladada, en este punto, la doctrina romana.

Con la expresión, vínculo de derecho, quisieron significar los romanos, la diferencia que existía entre un acto, al que se estaba sólo moralmente obligado, y aquél en que la prestación era un deber impuesto jurídicamente. De aquí, pues, que para acentuar el ca-

rácter de deber imperioso, que imponía el nexo jurídico de la obligación, hubieran agregado lo del "*necessitate adstringimur*", que materializa, digamos, con una expresión enérgica, el carácter coercitivo que tenía allí el vínculo de la obligación jurídica, y que es el que tiene en nuestros días. Estas observaciones nos conducen a explicarnos por que era característico en la obligación jurídica lo que los romanos llamaban *actio* y que el derecho contemporáneo llama acción, y que no era sino el medio legal que se tenía para obtener ante los Tribunales el cumplimiento de lo que se había prometido, cuando el obligado no cumplía espontáneamente.

En los primeros tiempos de la vida civil romana debió ser más bien de orden religioso y sagrado la fuerza obligatoria que tenía la promesa contraída, porque no había aparecido todavía en la conciencia social la fe en el Derecho, y era natural que se acudiese al temor que inspiraba la cólera de los dioses para con aquéllos que eran capaces de violar el *vinculum fidei*. Pero después que esta obra religiosa, que servía de fundamento a las *boni mores*, reafirmó indiscutiblemente ese sentimiento de respeto, fué muy natural y muy explicable también, que fuera cayendo en olvido la sanción religiosa; que el precepto sagrado se secularizara; que en vez del Pontífice apareciera el Pretor; y que el vínculo de la fe prometida, *vinculum*

*fidei,* quedara definitivamente sustituído por el *vinculum juris.*

Esta última expresión nos está indicando la existencia de un lazo jurídico entre dos personas, de las cuales, la una tenía el derecho de exigir que se le cumpliera lo que se le había prometido, y la otra, la obligación de cumplir. La primera de estas personas se llamaba acreedor: la segunda, deudor. Estas expresiones correspondieron también, a una época adelantada del derecho romano, porque primitivamente no existía sino la palabra *reus,* que equivalía a la de acreedor o deudor, según se la calificase con la expresión *stipulandi,* o *promittendi. Reus stipulandi* equivalía, pues, a la expresión acreedor, y *reus promittendi,* a la de deudor. Esta expresión *reus,* que en nuestro lenguaje se traduce por reo, casi está consagrada en los tiempos modernos al dominio del derecho penal, en donde está destinada a designar a aquél sobre quien pesa la imputación de un hecho criminal. En el derecho adjetivo contemporáneo, o sea el derecho procedimental, y en el orden civil mismo, suele también empleársela para designar la persona del demandado. [1]

Pero las expresiones acreedor y deudor, como lo hemos apuntado, corresponden a una época muy ade-

(1) Véanse Serafini, obra citada, tomo II, y Digesto Italiano, volumen XVI.

lantada del derecho romano: la etimología misma de la expresión acreedor, que viene de *credere* que significa tener confianza, nos lo está indicando. En el derecho primitivo, el obligado era el deudor mismo, como pasaba con los *nexi,* de donde resultaba que cuando el deudor no cumplía, el *reus stipulandi* tenía el derecho de apoderarse de la persona misma del deudor, de encadenarlo y de obligarlo a trabajar como bestia de carga. Pero cuando la evolución jurídica, que no fué sino expresión de la evolución democrática, llegó, por medio de la Ley Paetilia, a la abolición del *nexum* y a la supresión del derecho de apoderarse de ese mismo deudor, a lo que se llegaba por medio de la *manus injectio,* evoluciones éstas que estaban sólidamente apoyadas en la transformación económica que se había verificado y por la cual la clase que antes no tenía sino una persona para servirle de prenda al acreedor poseía un patrimonio, se efectuó una completa transformación a su vez en la institución a que venimos refiriéndonos, y apareció la noción de la obligación jurídica, bien así como simple lazo de derecho que establecía una relación directa entre el acreedor y el patrimonio del deudor, y cuando éste no lo tenía, pues, una simple relación jurídica entre ambos, basada en la esperanza en el primero de que el deudor le cumpliera lo que le había prometido.

De la misma definición, que estamos analizando, se desprende la necesidad en que estaba el deudor de entregar alguna cosa, lo cual, desde un punto de vista general, significaban los romanos con la expresión *solvendæ rei,* que daba una idea de solventar o pagar, y todavía mejor, de cumplir. De aquí, pues, que el *solvendæ rei* equivalía, en el fondo, a señalar el objeto de la obligación, que podía consistir, según los mismos romanos, en: *dare, facere, prestare.* La primera de estas expresiones la empleaban ellos cuando la obligación del deudor recaía sobre la propiedad de una cosa o sobre cualquier otro derecho real: la segunda, *facere,* que podemos traducir por hacer, significaba un hecho positivo que debía ejecutar el deudor, o el hecho negativo, simplemente, de abstenerse de ejecutar. La tercera expresión, *prestare,* tenía propiamente un carácter general y hasta en cierto modo indefinido, por lo cual fué en Roma materia de tántas controversias. En el derecho contemporáneo mismo, el propio vocablo de donde ha salido la palabra prestación, tiene un amplio carácter general que abarca en su fondo todos los casos de que puede ser objeto una obligación.

Ahora bien, atendida la fuente del derecho que creaba la obligación, se las dividía en obligaciones civiles y en obligaciones honorarias o pretorianas. Las primeras eran las que habían sido creadas por el derecho civil; las segundas, las que lo habían sido por el

derecho honorario. Es de observar que antes de Justiniano tenía su razón de ser esta división de las obligaciones, porque las civiles eran perpetuas por su naturaleza, al paso que las pretorianas eran temporales. Pero después, desapareció esta diferenciación.

Atendiendo a los efectos que producían se las dividía en obligaciones civiles y en obligaciones naturales. Entendíase por las primeras, aquellas que estaban provistas de una acción que le daba derecho al acreedor, como lo hemos visto, a exigir judicialmente que se le cumpliera lo prometido: las segundas, por el contrario, no estaba provistas de ninguna acción, de manera que el acreedor no podía exigir su cumplimiento; pero si el deudor espontáneamente cumplía, entonces no podía alegar más tarde que la obligación era nula y que él tenía derecho a repetir, como se decía, o sea a recobrar lo que había espontáneamente pagado, pues si tal hacía, el demandado paralizaba su acción por medio de una excepción. De aquí que se dijera que la obligación natural no daba una acción, sino producía una excepción. Observa Accarias, con razón, que, debido a esta imperfección, la obligación natural no era considerada una verdadera obligación a los ojos de los jurisconsultos de Roma, y que Papiniano no veía en ella sino un lazo de equidad. Sin tener propiamente su fuente estas obligaciones ni en el derecho civil ni en el pretoriano fueron, en el fondo,

como lo observa el mismo Accarias, el producto de una reacción de la equidad contra el derecho, que tuvo por instrumento una jurisprudencia que no podía o no quería hacer la ley.

Desde luego que estas obligaciones naturales, cuya fuente estaba en la equidad, no se confundían con los simples deberes morales, porque éstos no producían efecto alguno, al paso que aquéllas si los producían. De aquí que desde este punto de vista tenga su explicación lo afirmado por Serafini de que tales obligaciones eran jurídicamente existentes aun cuando no estaban provistas de acción, como lo hemos visto. Apuntamos ya que cuando el deudor cumplía espontáneamente, no podía alegar más tarde la inexistencia civil de la obligación para considerar indebido el pago que había hecho, y obtener su repetición. Y es que esta *solutio retentio* era un derecho que tenía el acreedor que no flaqueaba ni siquiera en el caso en que había habido error por parte del deudor creyéndose civilmente obligado a cumplir. Pero éste no era el único efecto que estas obligaciones tenían en el derecho romano, porque al lado de este derecho de retención que tenía el acreedor, existía el de que pudieran servir de base a lo que veremos que se llamaba compensación, cuando el deudor de la obligación natural era demandado por el acreedor de una obligación civil que resultaba ser a su vez deudor por la referida obligación natural

de ese mismo demandado. Por otra parte esas mismas obligaciones naturales podían ser transformadas en obligaciones civiles mediante lo que el derecho romano llamaba novación, a lo cual podía agregarse que aun cuando desprovistas de acción legal coercitiva, podían servir de fundamento a una obligación civil accesoria, como pasaba cuando la obligación natural quedaba respaldada por una fianza, o por una prenda, o por una hipoteca. Tenían su fuente en Roma estas obligaciones naturales en distintas causas. Así, por ejemplo, las obligaciones que contraían los esclavos entre sí o con sus patronos o extraños, tenían solamente el carácter de obligaciones naturales, y lo mismo pasaba con las que se contraían entre personas sometidas a la misma patria potestad. A veces era la ley la que *in odium ob poenam creditoris,* como pasaba en el caso del Senado-Consulto Macedoniano, le arrebataba plena eficacia jurídica a la convención, y también con las obligaciones que quedaban extinguidas por la *capitis deminutio* del deudor, como pasaba con la emancipación, la arrogación y la adopción. Sin embargo, la jurisprudencia había admitido que permanecieran válidas aquellas obligaciones en que no hubiera habido trasmisión de derechos, y ello en el caso de la *capitis deminutio* mínima, como lo observa Bonfante. [2]

---

(2) Bonfante, obra citada.

Respecto de las obligaciones que contraía el pupilo sin la *auctoritas* del tutor, la mayoría de los textos estaba en el sentido de que eran obligaciones naturales; pero había otros, muy pocos, que indicaban que ni siquiera se formaba una obligación natural cuando faltaba aquel requisito. [3] Desde luego que en la medida del enriquecimiento para el pupilo si era responsable, pero ello era en aplicación de la regla de que nadie podía enriquecerse en perjuicio de otro. Sucedía también que si el pupilo, después de haber salido de la tutela pagaba, o pagaba con la intervención del tutor, o pagaban sus herederos, el pago era válido. Otro tanto pasaba con el pago hecho por un fiador, por ejemplo, quien con arreglo al principio de que la obligación natural podía servir de base a un contrato accesorio, estaba civilmente obligado. Con respecto a las obligaciones que emanaban no de los contratos formados según el derecho civil estricto o el pretoriano y que estaban provistos de acciones, sino de los nudo pactos que decían los romanos, que no lo estaban, es controvertido entre los autores si dichas obligaciones eran naturales, o mejor dicho si dichos nudos pactos eran fuente de obligaciones naturales. Con las obligaciones que quedaban extinguidas por la prescripción también existe la misma discrepancia entre los exposi-

(3) Véanse el mismo Bonfante, y Serafini, obras citadas.

tores. Observa el mismo Bonfante que tal fué la doctrina legal de las obligaciones naturales con anterioridad a Justiniano, pero que bajo este Emperador se tendió a colocar entre ellas a todas las obligaciones de orden moral o religioso o de otra fuente social, pero que tuvieron carácter patrimonial, y que no constituían obligaciones naturales, por lo cual con tal nombre impropiamente se las denominaba. [4]

### OBLIGACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES

Otra división de las obligaciones era en divisibles e indivisibles. El fundamento de esta obligación re-

(4) La división de obligaciones civiles y naturales ha pasado al derecho venezolano: (artículo 1.303, Código Civil citado). Pero bajo la denominación "naturales" no comprende dicha ley las que se derivan de la moral, ni de las relaciones comunes de la sociedad, ni las que deben su origen a contratos en los cuales no hayan sido llenadas las formalidades legales impretermitibles. Cuando éstas no se cumplen el acto es nulo, y no se derivan obligaciones de él: respecto de las otras, escapan al alcance de lo que estatuye el legislador civil. En cambio, las obligaciones que contraen las personas naturalmente capaces, pero civilmente incapaces de obligarse, como observa Dominici, y las que resultan de un hecho que la ley no ha prohibido, pero al cual por motivos determinados niega ciertos efectos civiles, si son las obligaciones naturales que contempla la disposición legal citada. Ejemplos de la primera son las deudas contraídas por una mujer casada o una menor que ha llegado a la edad del discernimiento: ejemplo de las otras, las deudas contraídas en el juego. Forman también parte de dichas obligaciones las que habiendo sido antes civiles perfectas, han perdido por motivos de interés social las acciones que les correspondían para exigir su cumplimiento, como pasa con las deudas prescritas, la porción de que fué liberado el fallido en virtud del convenio y así otras. Admite el citado autor que la obligación natural puede servir de causa a una obligación civil, a la cual puede ser convertida por novación, menos las deudas que provienen del juego de azar o envite o de apuesta, y observa que de acuerdo con los jurisconsultos, estas obligaciones naturales en el derecho contemporáneo no pueden ser opuestas en compensación a las obligaciones civiles, ni ser materia de fianza, excepto las rescindibles por incapacidad puramente civil del deudor, siendo de advertir que los compromisos contraídos para cumplir una obligación natural, se deben reputar a título oneroso, y no como donaciones sometidas a las formalidades que para éstas establece la ley. Véase autor citado, obra citada, tomos 2 y 3).

sidía en que el objeto de la obligación pudiera o no fraccionarse. Si el deudor de una cierta cantidad de dinero se obligaba a devolverla en dos o más partidas, o bien se repartía entre dos o más personas dicha obligación imponiéndose cada una la de entregar una parte determinada, se estaba en presencia de una obligación divisible; pero si lo que debía entregarse no era susceptible de fraccionamiento, como sucedía en el caso de una servidumbre predial, entonces se decía que la obligación era indivisible. Por esto dice Bonfante que la obligación era divisible cuando la prestación era de tal naturaleza, que se podía exigir en parte sin alterar la esencia, e indivisible en el caso contrario. La importancia de la división residía en que una obligación divisible admitía la posibilidad de una ejecución parcial, como lo observa Serafini, al paso que la indivisible no. Con arreglo a estos principios, resultaba que cuando moría el deudor de una obligación indivisible, dejando varios herederos, éstos estuvieran obligados a cumplir individualmente la totalidad de la obligación, porque la naturaleza de las cosas así lo imponía. En cambio, cuando la obligación era divisible, pues cada heredero respondía en la medida de la porción hereditaria que recibía, o sea, en la misma proporción que correspondía al derecho que tenía en la herencia de su causante. Consecuencia también era de los mismos principios, que cuando había varios acreedores de una

obligación indivisible, cada uno de ellos pudiera ejercer el derecho de pedir que se le cumpliera aquélla. La dificultad no estaba sino en una pura cuestión de procedimiento, porque aun cuando no se dudaba de que cada uno de los citados acreedores tenía el derecho de exigir la totalidad de la obligación, porque no podía fraccionarse este objeto, el Pretor resolvía el problema ordenando que la condenatoria en favor del demandante no podía hacerse sino en la medida de su parte.

La regla romana, que es también la del derecho contemporáneo, era que aun cuando una obligación era divisible, acreedor y deudor debían cumplirla como si fuera indivisible, lo cual quería decir, que el deudor debía cumplir totalmente la obligación de entregar la cosa, aun cuando fuera susceptible de fraccionarse, como sucedía con el dinero, sin poder forzar al acreedor a que fuera recibiéndola por parte. De ésto resultaba que la teoría de la divisibilidad o indivisibilidad de una obligación cuando cobraba importancia era cuando el deudor moría o cuando había pluralidad de acreedores o de deudores. Desde luego que en el caso de haber varios deudores de una obligación indivisible, el que era demandado por el cumplimiento de la obligación total, naturalmente no tenía más derecho que obtener un plazo del acreedor para poder demandar a los codeudores por la parte que a éstos correspondía en la ejecución, lo cual era perfec-

tamente conforme con la equidad, y si se trataba de la demanda intentada por uno sólo de los distintos acreedores, pues entonces el deudor que cumplía, para no verse expuesto a que también lo demandara cualquiera otro de dichos acreedores, se hacía otorgar fianza por el acreedor demandante para cubrirse eventualmente respecto de los demás acreedores. [5]

### OBLIGACIONES DETERMINADAS E INDETERMINADAS

También dividía la doctrina romana a las obligaciones en determinadas e indeterminadas. El sentido de esta división era también perfectamente claro. Sucedía que a veces tanto el acreedor como el deudor precisaban de antemano cuando contraían la obligación, el objeto que sería entregado por el deudor al ser ejecutada aquélla. Entonces se decía que había una obligación determinada. Sucedía por el contrario, otras veces, que la elección de la cosa que sería entregada no aparecía determinada de antemano, bien porque el deudor se reservaba el derecho de elegir la entrega de una cosa u otra, bien porque ello quedaba

---

(5) La división de obligaciones en divisibles e indivisibles ha pasado al derecho venezolano: (artículo 1.268 a 1.274 del Código Civil citado). La teoría romana, propiamente en su fondo, está contenida en dichos artículos; pero debe observarse que, comoquiera que los compiladores del derecho de Justiniano hicieron interpolaciones en esta teoría que en el derecho clásico no era oscura como sí lo fué en el derecho bizantino, con los vicios de este último pasó al derecho contemporáneo y de aquí a nuestra legislación. De aquí resulta que la doctrina sobre la divisibilidad y la indivisibilidad es complicada en nuestros días, y no le faltó razón al que mejor la conoció y estudió, que fué Dumoulin, de darle el calificativo de *extricatio labyrinthi.*

al criterio del Juez o a la elección de un tercero. Entonces se decía que la obligación era indeterminada. La obligación alternativa se contaba entre estas últimas. En ella el deudor se libertaba con la entrega de una de las cosas separadamente comprendidas en la obligación, sin poder obligar al acreedor a que recibiera parte de la una y parte de la otra. La elección del objeto que debía ser entregado, generalmente le correspondía al deudor: ambas partes contratantes estaban de acuerdo en que había dos o más objetos, claramente determinados, y en que con la entrega de uno de ellos quedaba cumplida la obligación; y esta elección era la que en la generalidad de los casos, como acabamos de decirlo, quedaba a elección del deudor. Pero había otros en que este derecho pasaba al acreedor, porque así había sido lo convenido, y otros en que tácitamente así tenía que ser. La doctrina romana sentaba que la dualidad o pluralidad de estos objetos debía estar *in obligatione* y no *in solutione,* lo cual había dado origen a discusiones entre los expositores. [6] En lo que no hay dudas es en que la obligación alternativa se convertía en pura y simple, cuando por el perecimiento, sin culpa del deudor, de uno de los dos objetos que debían ser entregados, o por un acto jurídico válido, quedaba anulado o ejercido

(6) Véase Digesto Italiano, tomo citado.

el derecho de elegir. Tal era lo que pasaba, por ejemplo, cuando teniendo ese derecho el acreedor, demandaba al deudor para que éste le entregara determinadamente tal o cual de los objetos que el tenía como demandante derecho a escoger, o cuando una convención entre las mismas partes, posterior a la obligación primitiva, fijaba cómo debía cumplirse definitivamente aquélla, o cuando ya había sido declarado por la parte que tenía el derecho de hacer la elección cuál sería el objeto que entregaría. Ahora bien, si la cosa había perecido por culpa del deudor que tenía derecho a elegir, entonces no se libertaba este deudor con la entrega de la cosa que quedaba, o sea con el contenido de la obligación, que no se había hecho imposible, sino que debía una indemnización al acreedor por la cosa que había perecido cuando dicho acreedor no quería espontánea o voluntariamente contentarse con recibir la cosa que no había perecido.

Debemos advertir que cuando el deudor tenía, no el derecho de elegir entre dos o más objetos, sino la facultad de prestar una obligación distinta de la que había prometido cuando llegaba el momento de ejecutar esta última, la situación era muy diferente, porque en la obligación facultativa, que así se llamaba, no había ni dualidad ni pluralidad de objetos, sino uno solo y cierto que quedaba determinado y preciso desde que nacía la obligación. De aquí resultaba que cuan-

do en la obligación facultativa perecía el objeto que se había prometido, y el perecimiento sobrevenía sin culpa del deudor, no podía el acreedor pedirle al deudor que ejecutara lo que él había previsto en vez de lo que había contraído, sino que ninguna responsabilidad le venía con el perecimiento fortuito de la cosa debida, pues se consideraba que en la obligación facultativa no había sino un solo objeto, y no dos o más como sucedía en la obligación alternativa.

La obligación alternativa se diferenciaba también de la obligación genérica, en que en aquélla los objetos de la obligación eran cosas determinadas, como hemos visto, al paso que en la otra lo que se prometía eran cosas fungibles o no fungibles pero genéricas. En esta obligación, el deudor prometía entregar cierta cantidad de aceite, o de vino o de trigo, o un esclavo, o un caballo, sin precisar que fuera uno u otro determinado e individualizado; de donde resultaba que como el género no podía perecer, *genus non perit,* que decían los romanos, el deudor podía siempre cumplir la obligación, aun cuando con posterioridad a la época en que se la contraía, hubieran perecido las cosas de su patrimonio que él tenía destinadas en su intención para darle cumplimiento a aquélla. [7]

---

(7) El derecho venezolano consagra una sección a las obligaciones alternativas, estableciendo las siguientes reglas: el deudor se liberta con la entrega de una de las cosas separadamente comprendidas en la obligación; pero no puede obligar al acreedor a recibir

## OBLIGACIONES CORREALES

Se recordará que dijimos que, en el derecho antiguo, eran desconocidas las expresiones de deudor y de acreedor, y que sólo había una expresión genérica que comprendía a ambos, y que era *reus.* Se recordará, igualmente, que para diferenciar ambas expresiones decían los romanos *reus stipulandi,* y *reus promittendi,* o sea, reo de estipular y reo de prometer. El caso corriente era que la obligación se hacía entre dos personas, la una como *reus stipulandi,* y la otra como *reus promittendi.* Pero a veces sucedía, que eran varios los que se obligaban, y varios también los obligados, y en estos casos, y siempre que el objeto de la obligación fuera uno sólo, se decía que la obligación era correal, y de aquí la expresión correalidad, que era la más propia en el derecho romano para designar lo que llama obligaciones solidarias y solidaridad, el derecho contemporáneo.

---

parte de la una y parte de la otra. Se presume que la elección pertenece al deudor, cuando no consta expresamente lo contrario. Si una de las cosas prometidas no podía ser objeto de la obligación, ésta se considera simple. Si una de las cosas perece o cuando ya no pueda ser entregada, aunque sea por culpa del deudor, la obligación se hace pura y simple, no pudiendo ofrecerse el precio de la cosa en su lugar. Pero si ambas cosas han perecido y una por culpa del deudor, debe éste pagar el precio de la última que pereció. Cuando la elección pertenece al acreedor y una de las cosas ha perecido sin culpa del deudor, el acreedor está obligado a recibir la que quede; pero si hay culpa, entonces el acreedor puede contentarse con la que quede o pedir el precio de la que haya perecido. Si han perecido ambas con culpa del deudor aun cuando haya sido sólo respecto una de ellas, entonces el acreedor puede pedir a su elección el precio de la una o de la otra. Si las dos cosas perecen sin culpa del deudor, y antes de que haya habido mora de su parte, la obligación queda extinguida: (artículos 1.243 y siguientes del Código Civil citado).

Cuando explicabamos en lo que consistían las obligaciones divisibles e indivisibles, apuntamos que si moría el *de cujus* dejando varios herederos y una deuda en favor de un acreedor cualquiera, cada uno de aquéllos era responsable respecto de éste en proporción de sus derechos en la herencia; pero que si sucedía que el objeto de la obligación no era susceptible de división, entonces lo que tenía que hacer el acreedor era demandar a todos los herederos del deudor para que ejecutaran la obligación, o demandar a uno cualquiera de ellos, pero dándole un plazo para que este demandado pudiera, a su vez, reglar su situación con los demás coherederos. Pero en ninguno de estos casos había correalidad, y principalmente en el último, porque la necesidad de poder demandar a uno cualquiera de los herederos del deudor para que cumpliese totalmente la obligación, no tenía su fuente en la voluntad de las partes, ni era contractual, sino que la imponía la naturaleza misma de la cosa objeto del contrato que no admitía que pudiera ser entregada o efectuada en parte. El caso de la correalidad era muy distinto, porque al lado de la unidad del objeto debido por varios obligados en favor de un solo acreedor, o en la misma unidad de ese objeto en favor de varios acreedores, las cosas pasaban de un modo tal que era como si la relación jurídica entre el acreedor y cada deudor solidario o entre cada acreedor

solidario y el deudor, fuera absolutamente independiente y autónoma.

Cuando el vínculo jurídico se establecía en provecho de muchos acreedores: *(duo aut plures rei stipulandi, credendi)*, decían los romanos que había correalidad activa; cuando los deudores eran dos o más, decían que había correalidad pasiva. Pero tenían un mismo distintivo jurídico ambas obligaciones, y era que cualquiera de los acreedores tenía el mismo derecho para pedirle al deudor el cumplimiento íntegro y completo de la obligación; y cada deudor correal, en el segundo caso, debía al acreedor, total e íntegramente, la misma cosa. El acreedor era perfectamente libre de escoger a cualquiera de los deudores correales para exigirle el cumplimiento de la obligación. Las personas podían ser muchas, en estos casos de la correalidad activa o pasiva, pero la obligación era una sola, *(una res)*, que decían los romanos, y de aquí se derivaba una consecuencia importante: que cuando eran muchos los acreedores, y uno de ellos obtenía el pago del deudor, la obligación solidaria quedaba extinguida: que cuando eran muchos los deudores, bastaba que uno de ellos pagase, para que la obligación correal quedara extinguida también, respecto de los demás. Y lo que pasaba con el pago que efectuaba uno de los deudores correales, pasaba también con los demás medios legales que extinguían la obligación,

siempre que no fueran de los que tenían un carácter personal de parte de quien los invocaba. La compensación, por ejemplo, entre el acreedor y uno de los deudores correales, era desde luego una causal que no podían oponer los demás deudores, ligados por el vínculo de la correalidad pasiva, porque tal compensación tenía un carácter tan personal entre el acreedor y el deudor que la oponía, que no parecía justo que pudieran invocarla los demás: la deuda, en este caso se extinguía en parte, pero no en totalidad. Lo mismo pasaba con la confusión, por el carácter personal y eventual que tenía al confundir el patrimonio del acreedor con el de uno de los deudores correales o viceversa. Pero cuando la causal de extinción era de las que, aplicadas a un deudor, podían aplicarse a los demás, la deuda quedaba extinguida para todos; y cuando la misma causal podía oponerse a todos los acreedores, pues extinguida la obligación entre el deudor correal y uno cualquiera de los acreedores, quedaba extinguida aquélla para todos. Tal sucedía con la aceptilación, por ejemplo, y lo mismo con la novación, y otro tanto con la pérdida de la cosa debida, sobre todo cuando ésta había perecido por caso fortuito y no había habido mora, porque si se había incurrido en ésta, y lo mismo si había habido culpa por parte de uno de los deudores solidarios, era dudoso, en Roma, que la deuda quedase totalmente ex-

tinguida. Era también un caso de extinción relativa de la obligación correal, la *capitis deminutio* de uno de los deudores, o el pacto de *non petendo* consentido entre el acreedor y uno de los deudores correales. Respecto de la litis contestación, debemos observar que, suprimida por Justiniano de los medios de extinguir la obligación, ningún efecto surtía en esta época del derecho bizantino, pero no así cuando aquélla sí estaba entre los medios de extinguir la obligación, pues entonces sí libertaba a todos los deudores, a menos de una expresa reserva de sus derechos contra los demás, que podía hacer el acreedor correal. Debemos advertir que algunos autores niegan el efecto extintivo de obligaciones que tuviera antes de Justiniano la litis contestación.

Ahora bien, extinguida la obligación correal, del modo que queda analizado, queda sólo por examinar la situación de los acreedores y de los deudores entre sí, cuando había sido uno sólo de los acreedores quien recibía el pago, o cuando había sido uno sólo de los deudores quien cumplía la obligación. En estos casos se examinaba en el derecho romano si los deudores y los acreedores tenían entre sí el carácter de socios, porque entonces, de acuerdo con las reglas que regían el contrato social, los beneficios y las deudas se repartían entre aquéllos con arreglo al contrato, cuya eficacia, por lo demás, estaba garantizada con una acción

*pro socio.* Pasaba lo mismo cuando los deudores o los acreedores correales eran copropietarios o comuneros entre sí, porque en estos casos los beneficios y las cargas de la comunidad se repartían con arreglo a los derechos de cada comunero en la cosa común, y estos derechos quedaban sancionados por la *communi dividundo,* o por la acción de partición, que era la *familiae erciscundae.* Pero si no eran socios entre sí, entonces el punto era controvertido en el derecho romano, porque fuera del caso en que había una relación de mandato entre el deudor que pagaba y el codeudor correal, en que el primero tenía la acción de mandato indirecta que le correspondía al mandatario contra el mandante para indemnizarse de lo que había pagado por éste, no están de acuerdo los expositores en que el deudor correal que pagaba pudiera hacerse ceder las acciones del acreedor para ejercitarlas contra sus demás obligados, como pasaba con los fideyusores. No obstante la autorizada opinión de Accarias en este punto, que es opuesta a esta cesión, el parecer contrario de Girard y de Cuq, lo conceptúo más juridico. [8]

Originariamente, la obligación correal se formaba por medio de una estipulación, en que a la pregunta de todos los acreedores, el promitente respondía: pro-

---

(8) Autores citados, obras citadas.

meto, o en que a dos que estipulaban separadamente respondía el mismo promitente: prometo a vosotros dos; pero si primeramente se prometía a Ticio, y despues, preguntando el otro, también se le prometía, había dos obligaciones, pero no una obligación correal. Se hacían dos o más reos de prometer, así: prometes dar diez áureos a Mevio, y prometes dar los mismos diez áureos a Seyo?, y cada uno de los promitentes decía: prometo. Así fué en el origen del derecho romano, porque el contrato verbal era el del derecho civil y el único capaz de producir efectos legales; pero cuando el derecho de gentes fué extendiéndose y sobreponiéndose al exclusivismo del *jus civilis*, y el derecho pretoriano fué dando entrada a otras formas de obligarse, bajo estas formas sucesivas nacían, jurídicamente también, las obligaciones correales.

Al lado de estas obligaciones que quedan examinadas, llamadas correales por algunos autores y solidarias por otros, existían en el derecho romano las obligaciones llamadas *in solidum*. Girard, al examinarlas, considéralas como obligaciones de solidaridad imperfecta. [9] En estas obligaciones *in solidum*, muchas personas podían encontrarse obligadas, como en las otras, por una misma deuda, en favor de una sola persona o de varias personas. Tenía de común esta

(9) Autor citado, obra citada.

clase de obligaciones con las correales o solidarias también, que el pago que hacía uno de los deudores libertaba a los otros, pero se diferenciaba de ellas en que la obligación nacía de una disposición legal, de una disposición del legislador imponiendo la responsabilidad solidaria: la voluntad de los contratantes quedaba excluída de ellas. Así pasaba con los casos en que había habido dolo o violencia, o en que se había hecho un daño a otro, tomando varias personas parte en esos hechos. Pasaba otro tanto en los casos de la tutela, de los mandatarios, depositarios, y ciertos funcionarios públicos, por faltas cometidas en el desempeño de sus obligaciones o funciones. La finalidad de estas acciones era que el perjudicado por causa de otros, los pudiera demandar a todos hasta obtener entera satisfacción, y de aquí que en ellas la litis contestación no las extinguiera, si resultaba que el perjudicado no obtenía del demandado la reparación total del daño. De aquí también que la remisión, por ejemplo, de uno de los deudores, no alcanzara ni beneficiara a los otros, por considerarse que tenía un carácter personal en favor de ese deudor especial. En cambio, el pago, la dación, la compensación, la delegación, sí extinguían la obligación, lo cual no pasaba ni con la novación ni con la aceptilación. Era muy justa y equitativa la teoría romana de estas obligaciones *in solidum*, porque cuando no había habido dolo de por medio, los

codeudores gozaban del beneficio de división; y al deudor que pagaba, cuando estaba también exento de dolo, se le admitía a que invocara el beneficio de la cesión de acciones. [10]

---

(10) Los artículos 1.250 y siguientes del Código Civil citado, se refieren a la reglamentación de las obligaciones solidarias, la cual en su fondo, es la reproducción de la teoría romana sobre la correalidad. De aquí que el acreedor pueda reclamar de uno de los deudores solidarios, a su elección, sin que éste pueda oponerle el beneficio de división, y que el deudor pueda pagarle a cualquiera de los acreedores solidarios, mientras no haya sido notificado de que alguno de ellos le haya reclamado judicialmente la deuda, no obstante lo cual, la quita o remisión otorgada por uno de los acreedores extingue la obligación sólo respecto de la porción de la deuda correspondiente a este acreedor. Salvo el caso en que es la ley la que impone la solidaridad, no la hay entre acreedores ni deudores, sino en virtud de pacto expreso. Claramente establece el artículo 1.259 que el deudor solidario pueda oponer al acreedor todas las excepciones que le son personales, y también las comunes a todos los codeudores; pero no puede oponerle las que sean puramente personales a los demás codeudores. Ahora bien, cuando uno de los deudores llega a ser heredero del acreedor, o cuando el acreedor llega a ser heredero de uno de los deudores, la acreencia solidaria no se extingue sino por la parte de este deudor. Puede ser que alguno de los acreedores solidarios convenga en la división de la deuda en favor de uno de los codeudores, en cuyo caso conserva la acción solidaria contra los demás por el crédito íntegro.

Prevé también la ley el caso de que uno de los mismos acreedores solidarios reciba separadamente de uno de los deudores la parte de éste en la deuda, sin reservarse expresamente la solidaridad o sus derechos en general, en cuyo caso se entiende que no hay renuncia a la solidaridad sino respecto de este deudor. No se presume tampoco que el acreedor renuncia a la solidaridad en favor de uno de los deudores, cuando reciba de éste una cantidad igual a su parte, si no expresa que la recibe como tal parte; lo cual también sucede con la demanda propuesta contra uno de los deudores, por su parte, si éste no ha convenido en ella o no ha habido condenación. Por lo demás, el acreedor que recibe separadamente y sin reserva de uno de los codeudores su parte de frutos naturales o de réditos o intereses de la deuda, no pierde la solidaridad en cuanto a ese deudor, sino por los réditos o intereses vencidos y no respecto de los futuros ni del capital, a menos que el pago separado haya continuado por diez años consecutivos. Ordena además la ley, que la obligación contraída solidariamente respecto del acreedor se divide de derecho entre los deudores, quienes no quedan obligados entre sí, sino cada uno por su parte; que el codeudor solidario que ha pagado la deuda íntegra no puede repetir de los demás codeudores sino por la parte de cada uno; que si alguno de ellos estaba insolvente, la pérdida ocasionada por esta causa se distribuye por contribución entre todos los codeudores solventes, inclusive el que ha hecho el pago; que caso de que el acreedor haya renunciado a la

Sentadas estas bases debemos decir, desde un punto de vista general, que las obligaciones tenían sus fuentes en Roma, como en nuestros días, en la ley misma, en primer término, y luego, en los contratos y en los delitos, en los cuasi-contratos, y en los cuasi-delitos. (11)

acción solidaria respecto de uno de los deudores, si uno o varios de los demás codeudores se hace insolvente, la parte de éstos se repartirá por contribución entre todos los deudores, incluyéndose a aquéllos que precedentemente habían sido libertados de la solidaridad por el acreedor. Por último estatuye la ley que si el negocio por el cual la deuda se contrajo solidariamente, no concierne sino a uno de los deudores solidarios, éste será responsable de toda ella a los otros codeudores, quienes respecto a él, sólo se consideran como fiadores.

(11) Artículo 1.173, Código Civil citado.

# CAPITULO II

# DE LOS EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES Y DE LOS MEDIOS DE EXTINCION

## EFECTO DE LAS OBLIGACIONES

El efecto de la obligación era constreñir al deudor a dar, a hacer o a no hacer, alguna cosa. El principio romano era que las obligaciones debían cumplirse exactamente como habían sido contraídas, de donde resultaba que, en caso de contravención, el deudor era responsable de daños y perjuicios. Tal era el principio general; pero no siempre la inejecución de la obligación acarreaba estas consecuencias. En efecto, la inejecución de una obligación podía provenir de dolo o culpa del deudor, o bien de un caso fortuito. En los dos primeros casos había responsabilidad para el deudor por la inejecución; en el tercero, no la había. Entendían por *dolus* los romanos, toda acción u omisión por la cual el deudor faltaba, de mala fe, a su compromiso. No se trataba, pues, de las maquinaciones fraudulentas, de que hablaba Labeón, para enga-

ñar a una persona y determinarla a contratar, sino del perjuicio ilícito, causado intencionalmente a otro.

La obligación para el deudor, de abstenerse de todo dolo, era un principio que se consideraba incorporado a toda convención, cualquiera que fuese su naturaleza. A veces el acreedor la estipulaba expresamente del deudor, y en este caso, la citada promesa estaba sancionada por la acción *ex stipulatu.* La falta consistía en un acto u omisión, perjudicial a otro, pero ajeno de toda intención de perjudicar, lo cual nos está revelando que no era necesaria una obligación preexistente. Tal el caso del usufructuario que le respondía al nudo propietario de su simple negligencia en la conservación de la cosa. Cuando había convención, y el deudor omitía el cumplimiento de sus obligaciones, decían los romanos que había culpa *in omittendo;* cuando no se trataba de una omisión, sino de una falta activa, decían que había culpa *in committendo.* Ahora bien, cuando el deudor sólo había prometido la entrega de dinero o de un género cualquiera, como estas cosas no podían ser destruidas ni deterioradas, sino que en todo caso lo que podía suceder era que el deudor retardara, simplemente, la entrega de tales cosas, a la culpa se la llamaba entonces mora. Cuando era el deudor quien incurría en mora, se decía que la había *in solvendo;* cuando la culpa provenía del acreedor se decía que la había *in accipiendo.*

Desde luego que no en toda clase de obligaciones se podía incurrir en mora. Las obligaciones naturales estaban exceptuadas por lo mismo que de ellas no nacía acción para exigir su cumplimiento, no pudiéndose, de consiguiente, precisar cuando era que el deudor había dejado de cumplirlas. Había otra clase de obligaciones en las que se requería la llegada de un término o el cumplimiento de alguna condición para que fueran exigibles, como lo hemos visto, y era lógico que en ellas no se incurriera en mora sino después que se sabía ciertamente que, no obstante su exigibilidad, el deudor no las había cumplido. Hemos dicho que la mora envolvía idea de culpa, de donde debe deducirse, lógica y jurídicamente también, que había casos en que el deudor podía exhibir alguna circunstancia que justificara su incumplimiento, como pasaba con los casos de fuerza mayor que luego examinaremos, o con su no presencia en el lugar de la ejecución de la obligación por causa de una ausencia inesperada y precipitada en algún servicio público, *respublicae causa,* que decían los romanos. Por último, bajo la legislación de Justiniano se requería, para que se considerara en mora al deudor, que el acreedor le hubiera hecho una intimación de que cumpliera, la cual se llamaba *interpellatio* y que bien podía hacérsele al deudor mismo o a su representante, bien por el acreedor mismo o por algún representante suyo, sin que dicha *interpellatio*

estuviera sujeta al cumplimiento de ciertas y determinadas formalidades. [1] Observa el mismo Bonfante, que había, sin embargo, casos especiales en que no se requería dicha intimación, como sucedía cuando aquélla era imposible por ausencia injustificada del deudor, o como pasaba cuando la deuda provenía *ex maleficio,* o cuando se trataba de legados en favor de obras pías, o como acontecía con el pago de los intereses legales, principalmente cuando se trataba de menores, y probablemente también, en las obligaciones a término. [2]

Todos estos casos que quedan examinados eran los que comprendían la *mora in solvendo.* Ahora bien, cuando era el acreedor quien rehusaba recibir el pago, el deudor acudía a un procedimiento especial que examinaremos en el lugar correspondiente, y que tenía por efecto dejar la cosa debida a los riesgos y peligros del acreedor. Tal era el efecto de la mora *in accipiendo.*

Según estos principios, en el mutuo no podía haber falta, ni en el contrato *litteris* tampoco. En la estipulación sólo la había, cuando no se daba o se hacía lo que se había prometido dar o hacer. Pero era de estricto derecho la interpretación en este caso, porque si el deudor prometía dar una cosa, no respon-

---

(1) Bonfante, obra citada.

(2) Bonfante, obra citada.

día por cualquiera omisión: era preciso, en este caso, la inserción de una cláusula *doli* para que el promitente respondiera también de las omisiones.

En los contratos de buena fe, la responsabilidad del deudor se apreciaba *ex bona fide,* y las partes tenían el derecho de limitar o de extender aquella responsabilidad, y hasta el de eximir de ella al deudor. En estos contratos, el deudor respondía siempre de su dolo, que era en ellos tomado por lo que era contrario a la buena fe; y la falta la dividían los jurisconsultos en *culpa lata,* que era la falta grave que se asimilaba al dolo, y *culpa levis* que no era sino una culpa ordinaria. La falta grave era la que no cometían ni los que fueran considerados como los más negligentes o los menos cuidadosos de entre los hombres. La falta leve, o *culpa levis,* era aquella en que no incurriría *un buen padre de familia.* Juzgaban los romanos al valerse de esta expresión metafórica, que un buen padre de familia debía cuidar, prudentemente, de sus cosas para no dejarlas perecer ni deteriorarse.

Los romanos graduaban la responsabilidad del deudor según se retirara o no una ventaja del contrato. En el primer caso, la responsabilidad se consideraba mayor, y siempre menor, en el segundo. Según esta regla el depositario, que prestaba un servicio gratuito, no estaba obligado sino por su falta grave, y tal era el caso del comodante. Por excepción prestaban

también la *culpa levis,* los mandatarios, los gestores de negocios, los tutores y los curadores, pero ello era perfectamente justificado, atendido a la confianza que se depositaba en los primeros, a la excepcional condición en que el gestor de negocios se había colocado por su propio acto, y en cuanto a los tutores y curadores, finalmente, para proteger con más eficacia, los intereses de los pupilos y de las personas en curatela. Era natural, según el mismo principio expuesto, que el comodatario prestara, no solamente la *culpa lata,* sino la *culpa levis,* también, considerada la ventaja que él retiraba del contrato. Regía el mismo principio, para la venta, el arrendamiento y el contrato de prenda. Pero algunos contratos, como la sociedad, y en ciertos cuasi-contratos, como la comunidad, el socio no respondía sino de las faltas que no habría cometido en la gestión de sus propios negocios. En este caso, los intérpretes han dicho que se prestaba la *culpa levis in concreto;* pero en los demás, de que antes se ha hablado, el Juez no apreciaba la diligencia que una persona ponía en sus propios negocios, sino la que habría puesto el ser abstracto e ideal del *buen padre de familia,* y de aquí la expresión *culpa levis in abstracto.* Pero estas expresiones fueron desconocidas de los romanos que hablaban únicamente de *culpa levis,* dándole latitud al Juez para apreciar los casos en que debía exigirse una diligencia mayor o menor de la

que se ponía en los propios negocios. En suma, pues, como lo expresa Ortolán, con toda claridad, los jurisconsultos romanos, para establecer esta teoría de la culpa tomaron como tipo: para la culpa grave, al vulgo de los hombres, de suerte que se prestaba aquella culpa en los casos o circunstancias en que el común de los hombres no hubiera cometido negligencias y cuyas consecuencias todos hubieran comprendido y podido evitar: que por el contrario, para la culpa leve tomaron por tipo al padre de familia más cuidadoso y más diligente, de suerte que para estar exento de toda culpa se necesitaba haberse conducido en todo como se habría conducido semejante hombre. [3]

Bastaría decir, finalmente, que algunos jurisconsultos han creído que había tres grados de culpa en el derecho romano, y hablan de la culpa levísima. Pero en realidad no hubo sino dos grados. Había casos, como ya lo hemos observado, en que no podía pedírsele a una persona mayor diligencia que la que ponía en sus propios actos; otros había, en que se le exigía la responsabilidad de un buen padre de familia; y estos grados de la *culpa levis* han sido los que han dado origen, como lo hemos señalado también, a las expresiones: *culpa in abstracto* y *culpa in concreto.*

---

(3) Ortolán, obra citada, tomo II.

Los contratantes en Roma solían estimar ellos mismos, de antemano, el monto de los perjuicios que podía acarrear la inejecución de la obligación, y estipulaban lo que se llamaba una cláusula penal. ¿Me prometes que me darás tal suma si no me dieras el esclavo Estico? era la forma usual, o bien esta otra: Me prometes entregarme el esclavo Estico: ¿Si no lo hicieres, me prometes entregarme tal suma? En el primer caso, la obligación principal era, propiamente, la entrega de una suma de dinero que podía evitar el deudor entregando al esclavo: en el segundo caso la entrega de éste era la obligación principal, y la suma de dinero, una obligación accesoria que constituía, propiamente, la cláusula penal. Pero esta cláusula era sólo empleada de una manera especial en las obligaciones; en la generalidad de los casos no existía y de aquí que fuera el Juez quien apreciara entonces el monto del perjuicio. Tal fué el sistema que vino a predominar, o sea, el criterio de la apreciación concreta del daño, al paso, que en el derecho primitivo, la ley misma valoraba el monto del perjuicio, en aplicación del sistema de la apreciación abstracta. (4)

El perjuicio sufrido con la inejecución debía ser real, y consistir, en una lesión del patrimonio del acreedor: podía ser también moral el perjuicio, como sucedía en los casos en que era el honor de la persona

---

(4) Cuq, obra citada.

el que resultaba dañado: podía ser también indirecta, como pasaba en el caso en que el perjuicio consistía en verse privado el acreedor de una utilidad o de un beneficio que esperaba reportar de la obligación.

Ahora bien, cuando la inejecución de la obligación provenía de un caso fortuito, estaba exento de responsabilidad el deudor El caso fortuito era el suceso inopinado o la fuerza mayor que no se podía prever ni resistir. Tales eran las inundaciones, naufragios, incendios, rayos, violencias, y otros acontecimientos semejantes. Nadie, pues, estaba obligado en Roma, por la naturaleza de una obligación, a responder por caso fortuito, y la pérdida que la cosa sufriera debido a él, la soportaba su dueño: *res domino suo perit,* decían los romanos. Tal era la regla general; pero había casos en que sí se debía responder por el caso fortuito. Así, por ejemplo, si el comodatario se servía de la cosa prestada para un uso a que no estaba destinada y la cosa perecía por caso fortuito, respondía por él. Tal era también el caso del deudor que estaba en mora de entregar la cosa, en cuya circunstancia se consideraba que el caso fortuito era el resultado de la tardanza en entregarla o restituirla. Igual cosa habría que decir respecto de aquél que por su culpa hubiera dado ocasión al caso fortuito. Respondía finalmente por él quien por cláusula expresa lo hubiera tomado a su cargo. Es cierto que tal persona no quedaba comprometida a

impedir que el caso fortuito se realizara, puesto que nadie podía obligarse a lo imposible, y así lo comprendían los romanos, pues el que tomaba sobre sí los casos fortuitos, no se comprometía a precaverlos, sino sólo a indemnizar el daño que ellos ocasionaban.

Pero si no había caso fortuito, el deudor que no había podido cumplir la obligación, estaba obligado a satisfacer los daños y perjuicios que le hubiera causado al acreedor con su inejecución. Estos daños y perjuicios, decían los romanos, consistían en el lucro cesante, *(lucrum cessans)*, y en el daño emergente, *(damnum emergens)*. Entendían por éste la disminución efectiva que padecía el acreedor y el daño directo que éste recibía y que podía considerarse como una consecuencia necesaria de la inejecución, *(utilitas quae modo circa reum ipsam consistit)*. El lucro cesante era el beneficio o la utilidad de que dicha inejecución privaba al acreedor. El Juez tenía en Roma amplia facultad para estimar los daños y perjuicios, como antes dijimos. El examinaba el daño material que padecía el acreedor por causa del deudor; por consiguiente inquiría todas las circunstancias que habían rodeado el contrato para estimar la prestación debida, no según el valor corriente o en el que pudiera haber tenido ésta, sino desde el punto de vista del interés especial que la prestación pudiera haber tenido para el acreedor. Cuando se trataba de simple retardo en el cumplimien-

to de la obligación, y el objeto de la obligación era la entrega de una suma de dinero que debía ponerse a la disposición del acreedor en una fecha determinada y no se hacía, los intereses moratorios, que eran independientes de los que las partes habían estipulado en el préstamo, se presentaba un caso de lucro cesante para el acreedor. Cabe decir otro tanto de los frutos que la cosa hubiera producido, los cuales debían serle restituidos al acreedor. Debemos, sin embargo, hacer una advertencia en este punto, y era que en Roma se necesitaba que el contrato hubiera sido de buena fe, para que los frutos e intereses moratorios se le debieran al acreedor desde que había mora, pues en los contratos de derecho estricto, los frutos que restituía el deudor eran los que la cosa había producido desde el día de la litis-contestación, *(litis-contestatio)*, que en Roma marcaba el fin del procedimiento preliminar del juicio. (5)

---

(5) La ley venezolana consagra una sección del Código Civil a los efectos de las obligaciones. Dispone en ella que las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas, siendo el deudor responsable de daños y perjuicios, en caso de contravención; que la obligación de dar lleva consigo la de entregar la cosa y conservarla hasta la entrega, pero si el deudor se ha constituído en mora, la cosa queda a su riesgo y peligro, aunque antes de la mora hubiere estado a riesgo y peligro del acreedor; que en el caso de no ejecución de la obligación de hacer, el acreedor puede ser autorizado para hacerla ejecutar él mismo a costa del deudor; pero si la obligación es de no hacer, el deudor quedará obligado a los daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención. Una disposición especial rige la obligación de no enajenar ni gravar inmuebles determinados, lo cual no puede ser válido sino por un plazo no mayor de dos años. Respecto de lo hecho en contravención de la obligación de no hacer, el acreedor tiene el derecho de pedir que se destruya. El solo vencimiento del plazo establecido en la convención constituye en mora al deudor. Pero si éste ha muerto se exige que haya un requerimiento respecto del heredero, y ello ocho días des-

Esta cláusula penal que no era sino la promesa de una prestación, que generalmente se hacía en dinero, para el caso de incumplimiento de otra prestación, se hacía en Roma de dos maneras distintas, según la observación de Biagio Brugi. El estipulante decía: *¿si Pamphilum non dederis, tantum dari spondes?* También podía hacerse así: *¿Pamphilum dari spondes?*

---

pués del requerimiento. Si la convención no tiene establecido ningún plazo, el deudor no queda constituído en mora sino por un requerimiento u otro acto equivalente: (artículos 1.284 a 1.289, inclusives, del Código Civil citado). El artículo 1.290 establece que la diligencia que debe ponerse, en el cumplimiento de la obligación, sea que ésta tenga por objeto la utilidad de una de las partes o la de ambas, será siempre la de un buen padre de familia, salvo el caso de depósito. Por lo demás, agrega dicho artículo, esta regla debe aplicarse con mayor o menor rigor, según las disposiciones contenidas, para ciertos casos, en el presente Código. El artículo 1.291 ordena que el deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución de la obligación, como por retardo en la ejecución, si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe. Por lo demás, el deudor no está obligado a pagar daños y perjuicios, cuando a consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, ha dejado de dar o de hacer aquéllo a que estaba obligado, o ha ejecutado lo que estaba prohibido: (artículo 1 292, mismo Código). Dispone el artículo 1.293, que los daños y perjuicios se deben generalmente al acreedor, por la pérdida que haya sufrido y por la utilidad de que se le haya privado, salvo las modificaciones y excepciones que siguen: (a), el deudor no queda obligado sino por los daños y perjuicios previstos o que han podido preverse al tiempo de la celebración del contrato, cuande la falta de cumplimiento de la obligación no proviene de su dolo; (b), aunque la falta de cumplimiento de la obligación resulte de dolo del deudor, los daños y perjuicios relativos a la pérdida sufrida por el acreedor y a la utilidad de que se le haya privado, no deben extenderse sino a los que son consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación; (c) cuando en el contrato se hubiere estipulado que quien deje de ejecutarlo debe pagar una cantidad determinada por razón de daños y perjuicios, no puede el acreedor pedir una mayor, ni el obligado pretender que se le reciba una menor. Igual cosa sucede cuando la determinación de los daños y perjuicios se hace bajo la forma de cláusula penal o por medio de arras dadas en el momento de la celebración del contrato. (d) A falta de convenio en las obligaciones que tienen por objeto una cantidad de dinero, los daños y perjuicios resultantes del retardo en el cumplimiento, consisten siempre en el pago del interés legal, salvo disposiciones especiales. Se deben estos daños, agrega la ley, desde el día de la mora, sin que el acreedor esté obligado a comprobar ninguna pérdida: (artículos 1.294 a 1.297).

*¿Si non dederis tantum dari spondes?* En el primer caso se decía que había *stipulatio a condicione coepit,* en cuyo caso el promitente no estaba obligado sino a entregar la suma que había prometido en la cláusula penal: en el segundo caso se decía que había *stipulatio non a condicione coepit,* y se consideraba que había dos obligaciones, de las cuales el incumplimiento de la primera, que era pura y simple, venía a ser la *condicio* de la *poena.* (6)

Empleábanse también en Roma, a los mismos fines que la cláusula penal, el juramento, que por el poder coercitivo que desde un punto de vista moral y religioso tenía sobre quien lo prestaba, sin crear una nueva obligación, le daba, sí, mayor fuerza a la que se quería robustecer por este medio. Las arras tenían también la misma finalidad. Empleábaselas a veces como un medio de apremio sobre el deudor, *(arra contratu imperfecto data)*, y hasta como pena por el incumplimiento del contrato, *(arra poenitentialis):* otras veces tenían el carácter más bien de una prueba del contrato, y hasta de un principio de ejecución, y de aquí que en estos casos pudiera repetirlas el que las había dado, si el contrato quedaba resuelto por el acuerdo de los contratantes, o en poder de una de las partes si así había sido estipulado. (7)

---

(6) Autor citado, Istituzioni di Diritto Romano.

(7) Véase autor últimamente citado, obra citada. Véase también Bonfante, obra citada.

EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Comoquiera que la obligación era un vínculo jurídico que creaba una relación obligatoria entre dos o más personas, su extinción dependía del hecho jurídico que hacía cesar aquella relación. En el derecho romano había distintos modos de extinguir las obligaciones, a los que les fueron dadas las siguientes denominaciones: pago; dación en pago; novación; aceptilación; mutuo disenso; pérdida de la cosa debida; remisión; confusión; compensación y prescripción. [8]

Estos diversos modos de extinción de las obligaciones, se dividían en dos clases: voluntarios, y no voluntarios o de derecho. En los primeros, la obligación se extinguía por la voluntad de ambas partes, como sucedía con el mutuo disenso, o por la de una de ellas, solamente, como pasaba con la novación. En las segundas, la obligación se extinguía directamente, *(ipso jure)*, o indirectamente, *(ope exceptionis* o *per exceptionem)*, que eran expresiones equivalentes. El pago extinguía la obligación directamente: la prescripción de un modo indirecto. Cuando la obligación se extinguía directamente, se decía en Roma que el modo de extinción estaba reconocido y sancionado por el derecho civil; cuando se extinguía, indirectamente, se decía que lo estaba por el derecho pretoriano.

---

(8) Artículo 1.302, Código Civil citado. Este artículo coloca la anulación y la rescisión entre los medios por los que se extinguen las obligaciones y también el efecto de la condición resolutoria.

### PAGO Y DACIÓN EN PAGO

El pago, *(solutio)*, que decían los romanos, consistía en la prestación de lo que se debía, *(prestatio rei debitae)*. La palabra *solutio* tenía un sentido lato y muy amplio, porque, en general, abarcaba todo hecho que extinguía una obligación, como lo tiene la palabra paga en el lenguaje jurídico de nuestros días: *solvere dicitur qui id facit quod facere promisit.* Pero en Roma se la empleaba en un sentido más limitado, restringido al cumplimiento de la prestación u objeto de la obligación. En un sentido todavía más limitado se la tomaba, y se la toma todavía hoy, como equivalente de entrega de dinero, en las obligaciones en que aquél constituye el objeto de éstas. [9]

Como consecuencia del referido principio: *prestatio rei debitae,* decían los romanos que no todo pago extinguía la obligación. Para que la extinguiera, requeríase que el pago fuera válido y eficaz, entendiéndose por tal el que reunía las siguientes condiciones:

---

(9) El artículo 1.305 del Código Civil citado hablando del pago dice: La obligación de hacer no se puede cumplir por un tercero contra la voluntad del acreedor, cuando éste tiene interés en que se cumpla por el mismo deudor. Y el 1.306, establece que el pago que tiene por objeto transferir al acreedor la propiedad de la cosa pagada no es válido sino en cuanto el que paga es dueño de la cosa y capaz para enajenarla. Sin embargo, agrega el artículo, cuando la cosa pagada es una cantidad de dinero o una cosa que se consume por el uso, y el acreedor la ha consumido de buena fe, se valida el pago, aunque lo haya hecho quien no era dueño o no tenía capacidad para enajenarla. El artículo 1.303, dice: Todo pago supone una deuda: lo que se ha pagado sin deberse está sujeto a repetición, no admitiéndose ésto respecto de las obligaciones naturales que se han pagado voluntariamente.

1º que tuviera por objeto lo que se debía, *(vera rei debitae)*. Esta era la expresión representativa de que se valían, y en consecuencia, el acreedor no podía pedir sino aquéllo que se le había prometido. [10] 2º El pago debía hacerlo el deudor, y ésta era la regla general. En interés del deudor, podía también hacerlo un tercero, como pasaba tratándose del mandatario del deudor, o de un gestor de negocios, o de un donante; pero nunca, cuando la obligación había sido contraída *intuitu personae.* [11] 3º El pago debía hacérsele al acreedor capaz de recibirlo, o a sus representantes legítimos, o a la persona indicada por el deudor y que era propiamente su mandatario para el caso especial del contrato, *(solutionis causa adiectus)*, que decían los romanos. En opinión de algunos autores, también podía hacérsele el pago a un gestor de negocios del acreedor, pero el deudor no se libertaba, en este caso, si no probaba, claramente, la gestión. Podía también hacérsele el pago al acreedor del acreedor, siempre que

---

(10) El artículo 1.311 del Código Civil citado establece: No puede obligarse al acreedor a recibir una cosa distinta de la que se le debe, aunque el valor de la cosa ofrecida sea igual o aun superior al de aquélla. El artículo 1.312, agrega: El deudor no puede constreñir al acreedor a recibir en parte el pago de una deuda, aunque ésta fuere divisible.

(11) Artículo 1.305, ya citado. El artículo 1.304 dispone: Las obligaciones pueden extinguirse por el pago que haga toda persona que tenga interés en ello como un coobligado o un fiador. Pueden también extinguirse por medio del pago hecho por un tercero que no sea interesado, con tal de que éste obre en nombre y en descargo del deudor y de que si obra en su propio nombre no se subrogue en los derechos del acreedor.

mediara el consentimiento de éste, *(delegatio)*, que decían los romanos). [12] 4º Se exigía, por último, que el pago se hiciera en el lugar y tiempos debidos, para lo cual debía atenerse el Juez a lo que las partes habían estipulado. Pero bien podía suceder, y así era muchas veces, que nada decía el contrato a este respecto, y entonces la regla que se aplicaba era que las deudas de cuerpos ciertos debían pagarse en los lugares donde la cosa se encontraba el día del contrato; pero si se debían cosas genéricas, debían ser entregadas en el domicilio del deudor. Podía suceder también que hubieran sido indicados varios lugares alternativamente para efectuar el pago, y en este caso el deudor tenía el derecho de elegir uno de ellos, a menos que antes de hacerlo hubiera sido demandado por el acreedor en un lugar determinado. Entonces debía pagar en el lugar del juicio. Si el contrato fijaba acumulativamente varios lugares, el deudor debía dividir su pago entre estos distintos lugares. Respecto a la oportunidad en que debía efectuarse el pago, se distinguía según que hubiera sido o no estipulado algún plazo. La regla era que se presumía que éste había sido esta-

(12) El artículo 1.307 del mismo Código ordena: El pago debe hacerse al acreedor o a una persona autorizada por éste, por la Autoridad Judicial o por la ley para recibirlo. El pago hecho a quien no estaba autorizado por el acreedor para recibirlo, es válido cuando éste lo ratifica o se ha aprovechado de él. El artículo 1.308, agrega: El pago hecho de buena fe a quien estuviere en posesión del crédito es válido aunque el poseedor haya sufrido después evicción.

blecido en favor del deudor, de donde se deducía que éste tenía el derecho de pagar antes del vencimiento. Pero podía establecérselo también en favor del acreedor en cuyo caso el deudor no podía privar a aquél de los intereses del plazo estipulado. Cuando no lo había, entonces el acreedor cobraba cuando le placía, pero estaba obligado a hacerle previamente la notificación del caso al deudor, concediéndole para ello una prórroga. A veces eran los acreedores mismos quienes en su propio interés le acordaban un plazo al deudor para que les pagara; otras veces un rescripto del Príncipe concedía la prórroga mediante una garantía fiduciaria, o caución personal que hoy decimos, constituída al acreedor, *(idonea fideiussio).* [13] Al examinar la teoría de las acciones, veremos las precauciones que tomaba el acreedor para demandar con buen éxito al deudor que no se hallaba en su domicilio.

Cuando el pago revestía todas las condiciones que quedan apuntadas, la obligación quedaba legalmente extinguida, y con ella, naturalmente, todo lo que venía a ser accesorio de aquélla, como la hipoteca y la fianza.

---

(13) El artículo 1.316 del Código citado dice así: El pago debe hacerse en el lugar fijado por el contrato. Si no se ha fijado el lugar, y se trata de cosa cierta y determinada, el pago debe hacerse en el lugar donde se encontraba la cosa que forma su objeto, en la época del contrato. Fuera de estos dos casos, el pago debe hacerse en el domicilio del deudor. La ley exceptúa el caso de la obligación en que está el comprador de pagar el precio, en cuyo caso, cuando nada se ha establecido respecto de ello, el comprador debe pagarlo en el lugar y en la época en que debe hacerse la tradición de la cosa vendida.

Podía suceder que el deudor le debiera a un mismo acreedor diferentes sumas, y que la cantidad entregada no extinguiese todos los créditos: en tal caso, se aplicaban las siguientes reglas: 1º el pago debía imputarse a la extinción de la obligación cuya voluntad de extinguir hubiese manifestado el deudor; [14] 2º si el deudor no expresaba tal voluntad, el acreedor era libre de imputar el pago como quisiera; 3º el pago sin imputación se hacía, primero sobre el capital que sobre los intereses. [15] Si había muchos créditos, algunos líquidos y exigibles, y otros no, se imputaba el pago sobre los primeros, teniéndose en cuenta los créditos respecto de los cuales se había expresado que se pagarían antes que los otros. Si había alguna deuda más onerosa que otra, el pago se imputaba sobre la más onerosa; entre las igualmente onerosas se atendía, en primer término, a la más antigua; pero si todas eran de una misma época, la suma pagada por el deudor debía ser distribuida, proporcionalmente, entre todas. [16]

Como el pago no se presumía, el deudor debía procurarse un recibo del acreedor. Cuando eran privados estos recibos se denominaban *apoches*, pero para

---

(14) Artículo 1.323, Código Civil citado.

(15) La regla contraria es la que impera en el derecho venezolano: (artículo 1.324, Código Civil citado).

(16) Artículo 1 326, mismo Código.

pudiesen constituir una excepción de pago, se exigía que transcurriesen treinta días de su fecha; mientras tanto el acreedor podía negarse a aceptarlos como prueba liberatoria de la obligación por medio de una excepción *sine causa,* o por medio de la de no haber sido contado y entregado el dinero, *(non numeratae pecuniae),* que ellos decían. Cuando el deudor alegaba haber pagado en presencia de testigos, se requería que lo hubiese hecho ante cinco: cuando el acreedor destruía el instrumento que contenía la obligación, se presumía que ésta había quedado extinguida, lo mismo que cuando se le restituía el título al deudor. Respecto del pago de los impuestos públicos, los recibos de tres años consecutivos hacían presumir en Roma el pago de los anteriores. (17)

Debemos decir, finalmente, que cuando el acreedor rehusaba indebidamente recibir el pago, ya fuere dinero o alguna cosa cierta, al deudor le quedaba el recurso legal de hacer la oferta de pago, seguida de la consignación. En este caso el deudor hacía que el Juez requiriera al acreedor para que éste recibiese el dinero o la cosa, previniéndolo de que si no se presentaba a recibir el pago, consignaría el dinero o la cosa

(17) El artículo 1.317 del mismo Código dispone que cuando la deuda sea de pensiones censuales o de cualquier otra clase de cantidades que deben satisfacerse en períodos determinados, y se acreditare el pago de las cantidades correspondientes a un período, se suponen pagadas las anteriores, salvo prueba en contrario.

en algún depósito público o en el lugar que designara el Juez. El efecto de esta consignación era que el deudor quedaba libre de toda obligación, y la cosa consignada a riesgo y peligro del acreedor. Este procedimiento ha pasado al derecho venezolano bajo el nombre de la oferta de pago y del depósito. [18]

### DACIÓN EN PAGO

Hemos dicho que el principio romano era, para que el pago fuera liberatorio de la obligación, que el deudor le entregase al acreedor, exactamente, lo que aquél le había prometido, *(prestatio vera rei debitae)*, como ellos decían. Pero ésta, que era la regla general, no se oponía a que el acreedor, de acuerdo con su

(18) Desde luego que para que la oferta de pago acarree la liberación del deudor, exige la ley el cumplimiento de varios requisitos, entre otros principalmente, el que aquélla comprenda la suma íntegra u otra cosa debida, los frutos y los intereses debidos, los gastos líquidos y una cantidad para los ilíquidos, con la reserva por cualquier suplemento: que el ofrecimiento se haga en el lugar convenido para el pago, y cuando no haya convención especial respecto del lugar del pago, que se haga a la persona del acreedor o en su domicilio, o en el escogido para la ejecución del contrato: que el ofrecimiento se haga por ministerio del Juez o de otro funcionario público autorizado para esta especie de actos: que el plazo esté vencido cuando ha sido estipulado en favor del acreedor: que se haga por persona capaz de pagar y al acreedor que sea capaz de exigir o a quien tenga facultad de recibir por él. Después de esta oferta de pago, se le hace un requerimiento al acreedor en que se le indica el día, hora y lugar en que la cosa será depositada. Si el acreedor no comparece a recibir la cosa, el Juez le notifica el acto del depósito con la intimación de tomar la cosa depositada y sigue así el procedimiento hasta obtener el deudor sentencia firme que haya declarado buenos y válidos la oferta y el depósito, en cuyo caso no podrá ya retirar dicho depósito en perjuicio de sus codeudores o de sus fiadores. Y si el acreedor ha consentido en dicho retiro, no puede prevalerse para el pago de su crédito de los privilegios o hipotecas que lo garantizaban. Por lo demás, mientras el acreedor no haya aceptado el depósito, y antes naturalmente de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, de que queda hecha mención, el deudor podrá retirarlo; y si lo retira, sus codeudores y fiadores no se libertan de la obligación: (artículos 1.327 y siguientes, Código Civil citado).

deudor, consintiera en recibir de éste, en pago de su obligación, una prestación distinta. En este caso, decía el derecho romano que no había habido pago, sino dación en pago, que era también otro de los medios legales para extinguir una obligación.

La dación en pago, en este caso, era la obra de la voluntad del acreedor propiamente hablando, pues de ella dependía únicamente. Pero había un caso en que la dación en pago era una imposición legal, y en que pasaban a ser, propiamente, un derecho del deudor. Tal sucedía con el deudor insolvente que carecía de numerario para cumplir su obligación y sólo tenía bienes inmuebles con que hacerlo, los cuales entregagaba en pago a sus acreedores haciendo una previa estimación judicial de ellos. En las Institutas del Emperador Justiniano, no se encuentra el principio que queda sentado, porque fué con posterioridad a ella cuando el mismo Justiniano, en una de sus Novelas, reconoció el principio y lo hizo obligatorio para el acreedor, *(datio in solutum necessaria)*. En el derecho clásico la teoría de la dación en pago fué motivo de discrepancia de opiniones entre las dos grandes Escuelas jurídicas de Roma. Los Proculeyanos sostenían que lo que propiamente había era un pacto de *non petendo* entre acreedor y deudor, por lo cual no clasificaban la dación en pago entre los medios de extinción de obligaciones *ipso jure,* sino entre los medios

del derecho pretoriano, o sea *per exceptionem*. Los Sabinianos, sostenían la doctrina contraria, y la opinión de éstos fué la que imperó definitivamente. Debemos hacer notar, en este punto, que una Constitución de Marco Aurelio ordenó que cuando una herencia aparecía fuertemente gravada con muchas deudas, el heredero podía convocar a los acreedores y proponerles que redujeran proporcionalmente sus respectivos créditos, lo cual decidían dichos acreedores por mayoría de votos. [19]

Había también en el derecho romano el beneficio de competencia, por el cual el deudor que hacía cesión de bienes tenía derecho a que se le condenara a pagar solamente en la medida de su facultad, *(in id quod facere potest)*. Gozaban de este beneficio el marido respecto de la mujer, y bajo Justiniano la mujer respecto del marido, los ascendientes, el suegro, el patrono, el militar, el socio y el donante, el emancipado y el hijo de familia desheredado o abstenido de la herencia paterna, el fallido que hubiera hecho cesión de bienes o sufrido la *bonorum venditio*, y el deudor de la dote. Este beneficio fué creado en el derecho romano para evitar la infamia que acarreaba la ejecución personal del deudor y la que era consecuencial a la *cessio bonorum*. [20]

---

(19) Observa Bonfante que el texto de esta Constitución fué ampliamente interpolado en época de Justiniano.

(20) La cesión de bienes y el beneficio de competencia han pasado a la legislación venezolana. La primera está reglamentada

por los artículos 2.006 a 2.021 del Código Civil citado y reservada únicamente a los deudores de buena fe; y el 2º por los artículos 2.022 y 2.023 del mismo Código. Según el primero de estos artículos, el deudor tiene derecho a que al ejecutársele, se le deje lo necesario para vivir honestamente, según acostumbran generalmente las personas pobres de su educación, y con cargo de devolución cuando mejore de fortuna. Los acreedores hipotecarios o privilegiados están excluídos de contribuir a dicho beneficio de competencia del cual gozan:

1º Los ascendientes respecto de sus descendientes y viceversa.

2º Los hermanos.

3º Los cónyuges.

4º Los ascendientes del cónyuge y los cónyuges de los descendientes.

5º Los deudores a quienes se les haya admitido la cesión de bienes, aunque sea extrajudicialmente, y los fallidos que hayan sido declarados excusables, respecto de los créditos comprendidos en la cesión de bienes o en la quiebra

## CAPITULO III

## EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES.-(Continuación)

### LA NOVACIÓN

La novación era la sustitución de una obligación por otra obligación. En el primitivo derecho romano, y lo mismo en el derecho clásico, la nueva obligación debía tener el mismo objeto que la anterior, y éste era el principal carácter que la distinguía de la novación en el derecho de Justiniano y más después en el derecho moderno: *(bis de eadem re agi non potest)*, era la expresión de que se valían los romanos anteriores al citado Emperador). La novación, pues, producía un doble efecto: el de extinguir una deuda y el de crear otra en su lugar, y este doble efecto se obtenía por medio de la estipulación. De aquí, pues, que si en vez de la estipulación se empleaba un simple pacto, no había novación. Era esencial, como lo hemos dicho, que fuera idéntico el objeto de las dos obligaciones. Si esta condición no se llenaba, se consideraba entonces que la nueva obligación no extinguía la anterior. De-

bía, sí, haber alguna modificación a esta última obligación en la que la reemplazaba: algún cambio en la deuda: *aliquid novi,* que decían los romanos: un lugar distinto para el pago, un nuevo plazo para éste. Este cambio podía recaer también sobre los sujetos de la obligación o podía provenir también de una modificación en la deuda, sin haber cambio alguno en las personas. La novación por cambio de personas podía consistir ya en el cambio de acreedor, ya en el de deudor. Primo, por ejemplo, que era acreedor de Segundo, convenía en que éste le prometiera a Tercio lo que antes le había prometido a él. Era, pues, evidente que Segundo quedaba libre para con Primo, pero quedaba obligado para con Tercio. Había, simplemente, entonces, un cambio de acreedor y propiamente una delegación, porque el objeto de la obligación seguía siendo el mismo. Veamos ahora la novación por el simple cambio de deudor. Primo, que era acreedor de Segundo estipulaba de Tercio lo mismo que Segundo le debía. Segundo nada le debía a Primo después de esta estipulación novatoria, pero en cambio Tercio, que nada le debía a Primo, quedaba obligado para con éste en los mismos términos en que lo estaba Segundo. La novación podía ser también doble y resultar cambiados tanto el acreedor como el deudor. Así pasaba, por ejemplo, cuando siendo Primo acreedor de Segundo, y Segundo acreedor de Tercio, sucedía que Primo es-

tipulaba de Tercio lo que este último le debía a Segundo. La novación era doble por consiguiente, porque no sólo quedaba extinguida la obligación entre Primo y Segundo, sino también la de Segundo contra Tercio, no subsistiendo en definitiva sino una obligación de Tercio en favor de Primo que se extinguía al pagarle aquél a éste.

Podía consistir la novación, como ya lo apuntamos, en una simple modificación de la deuda primitiva: en una modalidad cualquiera, como lo eran, por ejemplo, la condición o el término; o bien podía ser que el *aliquid novi,* fuera simplemente la transformación en contrato verbal de la obligación novada, pues en Roma la estipulación era como un molde de donde salían dotados, con la acción de derecho estricto de la estipulación, convenciones que sin ello hubieran quedado relegadas a la categoría de simples pactos.

Estos efectos de quedar extinguida la obligación anterior y formarse o nacer otra en su lugar, eran evidentemente los efectos que la novación produjo en Roma en toda época y los que en nuestros días vemos que produce. Pero la voluntad de novar, que es propiamente el elemento que realiza ese doble efecto, no era en los tiempos del derecho romano a que venimos contrayéndonos sino una manera material de expresar tal voluntad: tal era la estipulación que debía tener, por así decirlo, sus expresiones sacramentales

para producir, ya fuera el cambio de acreedor, ya el de deudor.

La fórmula sacramental empleada hacía presumir la voluntad de novar y su empleo envolvía, por consiguiente, novación. Cuando aquélla fué perdiendo su prestigio, se verificó un cambio de importancia en la teoría de la novación, porque se dió de mano a dicha fórmula, y una estipulación cualquiera bastaba para que la novación se produjera. Pero este cambio acarreó en la práctica el inconveniente de que no se sabía a punto cierto si había habido en las partes intención de novar, y ello era una fuente perenne de litigios, hasta que Justiniano decidió que para que hubiera novación debía haber una declaratoria formal de voluntad, lo cual equivalía a declarar que la novación no se presumía: *voluntate non lege,* fué la expresión representativa de que se valió el citado Emperador. Ahora bien, el abandono de la citada fórmula produjo, en cambio, una palmaria utilidad: la de poder ser distinto el objeto de la nueva obligación de lo que era el de la primera, a lo cual llegó Justiniano, si no de un modo explícito, debido a cierta obscuridad en el texto de la Constitución Imperial, al menos indirectamente al ordenar que la novación podía también consistir en el aumento o en la disminución de la cosa debida. (1)

---

(1) Puede consultarse Maynz. Cours de Droit Romain.

En cuanto a los efectos que la novación producía entonces, permanecieron siempre los mismos. Innecesario es advertir que extinguida la obligación primitiva quedaba también extinguido todo lo que era accesorio de aquella misma obligación, como sucedía, por ejemplo, con la fianza y con la hipoteca. (2)

ACEPTILACIÓN.—MUTUO DISENSO.—PACTO DE NON PETENDO

La aceptilación era un modo solemne de extinguir una obligación, mediante el cual, el deudor, empleando una fórmula sacramental, interrogaba a su acreedor respecto de si éste había recibido lo que él le había prometido, respondiéndole afirmativamente el acreedor. *Quod ego tibi promissi habesne acceptum?*, preguntaba el deudor, y el acreedor respondía:

---

(2) La doctrina de la novación en el derecho venezolano, es la de la última época del derecho bizantino. En efecto no se presume, y se verifica, cuando el deudor contrae para con su acreedor una nueva obligación en sustitución de la anterior, la cual queda extinguida: cuando un nuevo deudor se sustituye al anterior quedando éste libre de su obligación: cuando en fuerza de una nueva obligación, un nuevo acreedor se sustituye al anterior, quedando libre el deudor para con éste: (artículo 1.337 y 1.335 del Código Civil citado). Cuando la novación consiste en sustituir un nuevo deudor, en lugar del primitivo, puede hacerse sin el consentimiento de éste. Cuando es el deudor quien le designa al acreedor otro deudor, para que haya novación se requiere que el acreedor haya declarado expresamente que liberta de su obligación al deudor que hace la delegación. No produce novación la simple indicación hecha por el deudor de una persona que debe pagar en su lugar: tampoco la produce la simple indicación hecha por el acreedor de una persona que debe recibir por él. Salvo el caso de reserva expresa o de insolvencia o quiebre del delegado en el momento de la obligación, el acreedor no tiene ningún recurso contra el deudor primitivo. Si se trata de una novación hecha entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, quedan libres los codeudores: la efectuada respecto al deudor principal liberta a los fiadores. Cuando los codeudores, en el primer caso, o los fiadores en el segundo, rehusan su consentimiento para la nueva convención, subsistirá el crédito anterior: (artículos 1.338, 1.339, 1.341, 1.340, y 1.344, Código Civil citado).

*habeo.* [3] Como se verá, la aceptilación no era siño una fórmula contraria, pero simétrica, de la *stipulatio,* y de aquí que, primitivamente, no se aplicara sino al caso en que se trataba de extinguir una obligación verbal.

Los romanos decían que el vínculo jurídico de la obligación no podía desatarse si no se extinguía del mismo modo, por un medio análogo, pero contrario al que había presidido a su formación; y de esta teoría del *contrarius actus,* era prueba evidente la aceptilación. En los primeros tiempos del derecho romano, ella no fué otra cosa más que una fórmula solemne de hacer su pago el deudor, lo cual nos está revelando que el simple pago, hecho de manera no solemne, resultaba ineficaz para el deudor, porque no extinguía la obligación. Más tarde así no fué, y la aceptilación vino a ser un medio solemne que podía también emplearse cuando el acreedor quería remitirle la deuda a su deudor. De real que era, pues, la aceptilación en los primeros tiempos, llegó a ser, en el fondo, un medio puramente artificial, pero solemne, de extinguir una obligación. Hemos dicho que la aceptilación es-

(3) Modestino definía la aceptilación en estos términos: *Liberatio per mutuam interrogationem, qua utriusque contingit ab eoden nexu absolutio* Esta definición ha sido censurada por inexacta. Las Institutas decían que la aceptilación era un pago imaginario: *imaginario solutio,* y tenían razón, pues en realidad la aceptilación no era sino un modo de disolverse las obligaciones dando el acreedor por recibido lo que se le debía.

tuvo restringida al principio al simple contrato *verbis*, pero como podían convertirse en este último contrato las convenciones que no revestían esta forma, según lo hemos ya notado, sucedía que la restricción era más aparente que real, como lo observa Serafini, y de aquí que el jurisconsulto Aquilio Gallo, coetáneo de Cicerón, y autor de la acción de dolo, imaginara una fórmula que se hizo célebre en el derecho romano, donde se la conoce con el nombre de estipulación Aquiliana, y por la cual los derechos, ya fueran personales o reales que una persona tenía para con otra, eran transformados en un crédito puramente verbal que quedaba extinguido por medio de la aceptilación. Esta fórmula llegó a ser de uso frecuentísimo en Roma, pues no sólo se la empleaba en los casos corrientes en que se quería extinguir válidamente una obligación, sino en aquéllos también, en cierto modo complejos, en que las partes querían dar por terminado un litigio actual o prevenir uno eventual, y celebraban con tal fin alguna transacción. Practicábasela, igualmente, cuando los socios querían dejar cortada toda relación obligatoria entre ellos, proveniente de una sociedad que había sido extinguida, y también entre mandante y mandatario por lo que hacía a las obligaciones recíprocas entre ambos. A medida que el derecho iba progresando, y el elemento consensual predominaba en los contratos, la fórmula de la estipulación y la de

la aceptilación, por consecuencia, iban también cediendo el paso a otras fórmulas; y de aquí que el *mutuo disenso* fuera el que llegara a poner término o a extinguir las obligaciones consensuales.

El *mutuo disenso,* o *contraria voluntas* o *contrarius consensus,* como lo está indicando la expresión, era la voluntad expresada por ambas partes contratantes de desistir de la obligación que habían creado. Era en el fondo una confirmación también de la teoría del *contrarius actus,* desaparecido ya todo formalismo, y predominando, únicamente, la libre voluntad de las partes contratantes. Se exigía en Roma, sí, que la obligación no hubiera sido ejecutada, ni comenzada aun a cumplirse; que el objeto del contrato hubiera permanecido tal como lo era en el momento en que la obligación se formaba: *re integra,* que decían los jurisconsultos romanos, porque si la obligación había sido ejecutada, no había lugar al *mutuo disenso,* sino a una excepción de orden pretoriano: el *pactum de non petendo.*

Consistía éste en una promesa, que el acreedor le hacía a su deudor de que no le exigiría el cumplimiento de la obligación. De aquí, pues, que ésta no quedaba extinguida de pleno derecho como sucedía con la aceptilación, sino por virtud de la excepción que emanaba del enunciado pacto, y que el deudor le oponía al acreedor actor. Excepcionalmente se extin-

guían por virtud de este pacto las obligaciones que nacían del hurto y de la injuria. Ahora bien, debía atenderse a sí el pacto de *non petendo* se había creado en consideración a una persona determinada en cuyo favor se hacía, o si había sido hecho en términos generales, es decir: *in personam* o *in rem.* En el primer caso no podía oponerlo sino la persona en cuya consideración se había formado el pacto; en el segundo, los herederos del deudor y sus causahabientes también podían válidamente oponerlo. Podía suceder que la persona beneficiada fuera personalmente el acreedor, y en este caso, el deudor o sus herederos no podían oponerles la respectiva excepción a los herederos de aquél. Podía, igualmente, no haber renunciado el acreedor a los demás derechos que podían haberle correspondido contra otros codeudores, herederos o fideyusores del deudor, en cuyos casos éstos no podían prevalerse del pacto concluído exclusivamente en interés del deudor a quien se había querido personal y directamente favorecer. En rigor, la distinción del pacto de *non petendo in personam* o *in rem,* como lo observa sagazmente Rotondi, estribaba en que el primero aprovechaba exclusivamente al pactante y no a sus herederos, ni a los fiadores o fideyusores, ni al codeudor correal unido a su codeudor por un lazo de sociedad, al paso que el pacto de *non petendo in rem* aprovechaba a toda la referida categoría de personas,

y en general, a todos aquéllos a quienes aprovechaba o favorecía la liberación del pactante. Tal fué, ciertamente, la doctrina que aparece de los textos de la compilación justinianea, pero no la del derecho clásico, pues la verdad es que los textos de este último fueron objeto de numerosas interpolaciones en la citada época del derecho bizantino. [4]

### COMPENSACIÓN

La compensación era la extinción simultánea de dos deudas recíprocas que se pagaban la una por la otra. *Debiti et credite inter se contributio,* decía Modestino. Si Ticio le debía mil sextercios a Cayo y éste igual suma a Ticio, se extinguían por compensación, ambas deudas. La palabra compensación se deriva de *cum pensare,* porque si se suponía que las deudas fueran simultáneamente pagadas, empleándose para ello el mismo lingote de metal que se empleaba en los primeros tiempos del derecho romano, las dos sumas, colocadas en los platillos de la balanza se equilibrarían, y cada acreedor al quedar así pagado hubiera podido retirar la suma que depositó como deudor. Podía también ocurrir que Ticio y Cayo no se debieran, recíprocamente, la misma suma, sino que el primero fuera, por ejemplo, acreedor por dos mil sextercios, y el se-

---

(4) Para amplios detalles sobre este pacto, puede consultarse el profundo estudio del citado autor: "Di alcune riforme giustiniane relative al pactum de non petendo". Volumen II.

gundo por mil solamente. En este caso también había compensación, pero sólo por las cantidades concurrentes y Ticio resultaba acreedor por mil sextercios nada más.

Este medio legal de extinguir las obligaciones se fundaba en motivos de conveniencia, de justicia y de equidad, porque evitaba, en primer lugar, el doble pago, y por lo tanto, riesgos, gastos y diligencias para la entrega del dinero; luego, porque no parecía justo que un acreedor obligase a su deudor a que le pagara cuando él a su vez le era deudor de una suma, no importa si mayor o menor que la reclamada; y finalmente, porque el deudor que se apresuraba a pagar primero, podía exponerse a que su deudor se hiciera insolvente antes de pagarle a él, y de aquí que la compensación no solamente hubiera sido voluntaria en Roma, sino también legal y judicial, que es todavía, en líneas generales, la doctrina del derecho moderno. Acertadamente la califican los autores de *solutio* recíproca, o imputación recíproca de lo que una de las partes le debe a la otra. [5]

La compensación voluntaria, como lo está indicando la expresión, era la que se realizaba por el mutuo convenio de las partes: dos aceptilaciones recíprocas, dos simples pactos de *non petendo* eran las fórmulas romanas.

---

(5) Maynz, obra citada, tomo citado.

La compensación legal era la que el legislador había establecido en la ley, cuando las dos deudas recíprocas reunían las condiciones que ella exigía.

La judicial era la que resultaba de la sentencia firme pronunciada por un Juez. Para que el deudor pudiera oponer, válidamente, a su acreedor la compensación, se exigían en Roma los siguientes requisitos:

1º Era preciso que las dos deudas que se extinguían, pertenecieran a las mismas personas, lo que equivalía a decir que cada una de ellas debía ser, a la vez, acreedor y deudor de la otra. En otros términos, exigíase identidad de los sujetos de las obligaciones. Sufría excepción esta regla en el caso del heredero, que podía oponer a los acreedores de la herencia, así los créditos hereditarios, como los propios que tuviera. Sucedía lo mismo con el deudor cedido a quien se le permitía que opusiera al cesionario los créditos que le había trasmitido el cedente; y el fiador que podía oponer, válidamente, en compensación, los créditos del deudor principal.

2º Se exigía, en segundo lugar, que las dos deudas que se compensaran fueran válidas. No se exigía que se tratase de dos obligaciones civiles: podía ser natural una de ellas: *etiam quod natura debetur in compensationem,* decía Ulpiano.

3º La compensación no se verificaba sino entre dos deudas que tenían, igualmente, por objeto una

suma de dinero o una cantidad determinada de cosas fungibles de la misma especie, que pudieran, en los pagos, sustituirse las unas a las otras. Así, pues, si Ticio le debía dinero a Mevio y éste a él cierta cantidad de vino, no podía haber compensación entre ambas obligaciones. [6]

4º Las deudas debían ser por último, líquidas y exigibles. Era líquida la deuda en la doctrina romana, cuando constaba su existencia y no era contestado su valor por la parte a quien se le oponía la compensación. Es claro que si una de las deudas estaba sujeta a condición y la otra era pura y simple, no podía haber compensación entre ellas, y no la había en Roma porque no eran líquidas ambas deudas. Tampoco lo era la deuda que, aunque cierta en sí misma, necesitábase de un arreglo de cuentas para determinar su monto en numerario. En este caso, el Juez en Roma, no pronunciaba la compensación, sino que se limitaba, únicamente, a reservarle al deudor el derecho de hacer valer, en otro juicio, el crédito opuesto en compensación. Debemos decir, finalmente, que no tenía lugar la compensación en el caso en que lo que se pedía

---

(6) Debemos advertir que según el derecho venezolano no se requiere que las cosas sean fungibles para que haya compensación, tomando la expresión fungibles por cosas que desaparecen por el primer uso, y por lo tanto, según él, podrían compensarse dos obligaciones que consistieran, por ejemplo, en la recíproca entrega de dos lotes de tierra cultivada o en otras cosas análogas: artículo 1.355, Código Civil citado.

era la restitución de un depósito, o la reivindicación de cosas robadas o de que había sido despojado por la fuerza el reivindicante. Tampoco podían compensarse las deudas en que el Fisco o el Municipio tenían interés, todo lo cual es también doctrina legal de nuestra legislación.

Tal era la teoría de la compensación en la última época del derecho romano. Antes, en el derecho clásico, el Juez no tenía potestad para compensar las deudas de los litigantes; su papel estaba encerrado dentro de una estricta órbita que sólo le permitía investigar si el demandante había o no comprobado su acción, para declararla con lugar o sin él, con prescindencia absoluta de cuanto pudiera alegar el demandado. Tal era el papel del Juez en las acciones de derecho estricto. En las de buena fe era distinto, y de aquí que en ellas si debía tomar en cuenta las excepciones o medios de defensa opuestos por el demandado, la compensación entre otros. En estas acciones de buena fe la compensación tenía lugar de pleno derecho, es decir, sin que se necesitara que el Magistrado le hubiese dado entrada en la fórmula que entregaba al Juez para que conociera de la causa, pero sin que se quiera decir con ésto que el Juez estaba necesariamente obligado a admitir la compensación. Si la admitía, pronunciaba la compensación; y si no la admitía, porque no la creía justa, había cosa juzgada para el demandado que la

había opuesto y no se le admitía que en juicio aparte pretendiera hacerla valer nuevamente; pero si el Juez no la admitía, porque la deuda no fuera líquida, o por no ser exigible cuando se la oponía, o porque no llenaba, en una palabra, las condiciones legales, entonces le quedaba libre al demandado la vía legal para deducir sus derechos, por la vía ordinaria, en juicio separado y cuando fuera oportuno.

Por otra parte, los banqueros, *(argentarii)*, estaban obligados a no demandar a sus clientes sino por el saldo que éstos resultaran deberles después de haber ellos hecho en sus libros la respectiva compensación. Sucedía también lo mismo, cuando se remataban en pública subasta los bienes de un deudor insolvente, por que el adquiriente de estos bienes, que se llamaba el *bonorum emptor*, se hacía dueño de todos los créditos activos que tenía el insolvente, *(defraudatur)*, que decían los romanos, y demandaba, naturalmente, a los deudores de dichos créditos; pero no podía hacerlo por la totalidad de éstos, sino deduciendo previamente lo que el *defraudatur* les debía, es decir, que al *bonorum emptor* se le imponía una compensación, y así se decía que se le obligaba a actuar *cum deductione.* Es de observar que el interés de acelerar lo más posible la liquidación de los negocios del insolvente, hacía que el derecho permitiera que la *deductio* abarcara deudas que no estaban vencidas, y aun aquéllas cuyo objeto

no fueran cosas fungibles. Lo que fué excepción, como queda visto, en los casos de los banqueros y del rematador en pública subasta de los bienes de un insolvente, fué luego la regla general que el Emperador Marco Aurelio elevó a la categoría de Ley. El Rescripto de este Emperador permitió hacer valer la compensación por medio de una excepción de dolo cuando el cobro del crédito total podía considerarse como doloso. Siguió evolucionando la teoría de la compensación en el derecho clásico, y en lugar de la citada excepción, se valía el demandado de una contrademanda o mutua petición, *(mutua petitio)*, no exigiéndose entonces ni que las deudas tuvieran un mismo objeto ni tampoco que fueran líquidas, hasta que bajo Justiniano quedó definitivamente sentada sobre las bases que expusimos al principio, en que la compensación que extinguía la obligación *exceptionis opis*, pasó a extinguirlas *ipso jure.* (7)

---

(7) Pueden consultarse, a más de Maynz, Cuq, Manuel des Institutions des Romains, y Bonfante, obra citada.

Nota.—La compensación se efectúa de derecho en la legislación venezolana sin el conocimiento de los deudores, en el momento mismo de la existencia simultánea de las dos deudas, que se extinguen recíprocamente por las cantidades concurrentes: (artículo 1.354, mismo Código). Ahora bien, cualesquiera que sean las causas de una u otra deuda, la compensación se efectúa, excepto: cuando se trata de la demanda de restitución de la cosa de que ha sido injustamente despojado el propietario: cuando se trata de la demanda de la restitución de un depósito o de un comodato: cuando se trata de una deuda de alimentos no sujeta a embargo, y cuando el deudor ha renunciado, previamente, a la compensación. Tampoco se

### PÉRDIDA DE LA COSA DEBIDA

De dos maneras podía perecer una cosa en Roma: física o jurídicamente. Cuando el objeto de la obligación había sido la entrega de un esclavo, por ejemplo, y el esclavo moría, la obligación quedaba extinguida, diciéndose entonces que había pérdida de la cosa debida, y en este caso el perecimiento de la cosa se había verificado físicamente. Pero si en vez de morir el esclavo lo que pasaba era que había dejado de ser objeto válido de una obligación, porque su dueño lo había manumitido, se decía entonces que la obligación había quedado extinguida, porque la cosa se había destruído jurídicamente. Desde luego que había casos concretos en que las cosas no pasaban tan sencillamente, porque si el objeto de la obligación había sido una cosa genérica, el deudor no podía alegar que había perecido la cosa que él tenía destinada al cumplimiento de la obligación, porque, como lo hemos visto, los romanos decían: *genus nunquam perit.* De manera que la causal en examen no se aplicaba sino a las obligaciones que

---

la admite respecto de lo que se debe a la Nación, a los Estados, a sus Secciones, por impuestos o contribuciones: (artículo 1.357 del mismo Código). Por lo demás el fiador puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba a su deudor principal, pero éste no puede oponerla por lo que el acreedor debe al fiador. Tampoco el deudor solidario puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba a su codeudor, sino por la porción correspondiente a su codeudor en la deuda solidaria: (artículo 1.358, mismo Código). Cuando la misma persona tenga varias deudas compensables, se aplicarán las mismas reglas que para la imputación de los pagos: (artículo 1.361, mismo Código).

tenían por objeto la entrega de un cuerpo cierto, y entonces sí era lógica y jurídica la aplicación de esta otra regla que servía de base a la teoría de la pérdida de la cosa debida: *ad impossibilium nemo tenetur.* Pero ello mismo no se entendía ni podía entenderse de una manera absoluta, porque si el perecimiento de la cosa acaecía por un hecho imputable al deudor, no era jurídico ni equitativo que el perjuicio que emanaba de tal hecho recayese sobre el acreedor y no sobre el deudor que lo había ejecutado. De aquí, pues, que el perecimiento de la cosa, para que pudiera extinguir válidamente la obligación, debía haber acaecido por caso fortuito. Los principios, pues, que dirigían en el derecho romano la teoría de la culpa, recibían estricta aplicación en estos casos, de donde resultaba que si el deudor estaba en mora, tampoco el perecimiento de la cosa eximía del cumplimiento de la obligación, aun cuando comprobara que el perecimiento se debía a un caso fortuito, pues uno de los efectos de la mora era precisamente hacer que pesaran sobre el deudor los riesgos de la cosa debida. [8] Cuando se trataba de obli-

(8) El artículo 1.366 del Código Civil citado estatuye: que cuando una cosa determinada que constituía el objeto de la obligación, perece o queda fuera del comercio, o se pierde de modo que se ignore absolutamente su existencia, la obligación se extingue, si la cosa ha perecido o se ha puesto fuera del comercio o perdido, sin culpa del deudor y antes de que haya incurrido en mora. Ahora bien, aun cuando el deudor haya incurrido en mora si no ha tomado a su cargo el peligro de los casos fortuitos, se extingue la obligación, si la cosa hubiera debido perecer igualmente en poder del acreedor caso de que se hubiese entregado. El deudor, desde luego,

gaciones alternativas también había que tener en cuenta las reglas jurídicas que gobernaban dichas obligaciones y a las cuales nos remitimos para no repetirlas aquí.

Diremos, por último, que fué controvertido en Roma el punto de saber si renacía la obligación cuando volvía a estar en el comercio la cosa que había perecido jurídicamente, predominando la teoría que estaba por la negativa.

Además de los medios de extinción de las obligaciones que quedan analizados y que son los que traen las Institutas, excepción hecha de la pérdida de la cosa debida que acaba de examinarse, aquéllas se extinguían también por confusión. La transacción también surtía el mismo efecto cuando el derecho que se renunciaba envolvía, precisamente, alguna obligación; pero dada la forma contractual que tenía la transacción y que ha conservado hasta nuestros días, hemos preferido analizarla al hablar de los contratos.

---

está obligado a probar el caso fortuito que alega. Dispone finalmente el citado artículo, que de cualquier manera que haya perecido o se haya perdido una cosa robada, su pérdida no dispensa a aquél que la ha sustraído, de restituir su valor.

Debemos hacer constar que la teoría del Código venezolano que exime de responsabilidad al deudor en mora que comprueba que la cosa hubiera perecido igualmente en manos del acreedor, fué con toda verosimilitud la teoría romana también, cuando se trataba de los contratos llamados de buena fe que es el carácter que tienen todos los del derecho venezolano. Pero cuando se trataba de los llamados de derecho estricto, entonces no se aplicaba la excepción, lo cual era perfectamente explicable, si se examina el punto a la luz de los principios que regían dichos contratos, como lo veremos. (Véase Accarias, tomo II, obra citada).

## CONFUSIÓN

Era conforme a la naturaleza de las cosas, que cuando se reunían en una misma persona los dos caracteres de acreedor y deudor, a un mismo tiempo, dispusiera el derecho romano que tal circunstancia hiciera extinguir la obligación. Se decía entonces que esta extinción se verificaba por confusión, y era que jurídica y materialmente era imposible que una persona como acreedora pudiese obligarse a sí misma como deudora. De aquí, pues, que no existiendo imposibilidad, la regla romana fuera la subsistencia de la obligación. Así sucedía cuando en vez de un acreedor había muchos, y también cuando en vez de un solo deudor había varios. En el primer caso, cuando se trataba de varios acreedores y uno de ellos venía a ser heredero del deudor, era justo y lógico que hubiera confusión entre el *de cujus* y su heredero, pero no así entre éste y los demás acreedores, a menos que se tratara de socios. Había que distinguir también en este caso cuando la herencia era aceptada bajo beneficio de inventario o cuando había separación de patrimonios del *de cujus* y del heredero. En el segundo caso si lo que pasaba era que existían varios deudores y un sólo acreedor y por muerte de uno de esos deudores de quien fuera heredero el referido acreedor se producía una confusión parcial de derechos, era lógico

también que dicho acreedor conservase sus derechos contra los demás deudores, de quienes no era heredero y respecto de quienes no se había verificado confusión ninguna. Podía suceder también que el mismo acreedor, como heredero del deudor principal o viceversa, se encontrase con que la deuda estaba garantizada con una fianza. En este caso, la fianza se extinguía total o parcialmente, según que el acreedor o el deudor llegasen a ser herederos en totalidad o en parte, el uno del otro. Pero si lo que pasaba era que la fianza quedaba extinguida porque el acreedor y el fiador se habían confundido jurídicamente en uno solo por razón de la herencia, la deuda principal quedaba vigente.

Cuando estaba de por medio la solidaridad y se confundían la persona del acreedor, y la de uno de los deudores solidarios, la obligación quedaba lógica y jurídicamente extinguida en el caso de que dicho deudor hubiera quedado expuesto a que sus demás codeudores hubieran podido recurrir contra él por haber pagado ellos. [9]

---

(9) Los artículos 1.364 y 1.365 del Código Civil citado contienen la teoría de la confusión. El primero dispone que cuando las cualidades de acreedor y deudor se reúnen en la misma persona, se produce de derecho una confusión que extingue la deuda y el crédito. El segundo dispone que la confusión que se efectúa por la reunión de las cualidades de acreedor y de deudor principal en la misma persona, aprovecha a los fiadores; que la reunión en la persona del fiador de las cualidades de acreedor y deudor principal, no produce la extinción de la obligación principal; que la confusión en la persona de uno de los deudores solidarios no aprovecha a sus codeudores, sino por la porción de que era deudor

## CAPITULO IV

## FUENTES DE LAS OBLIGACIONES: LA LEY Y LOS CONTRATOS

Desde un punto de vista general, todas las obligaciones se derivaban de la ley en el derecho romano, puesto que sin la sanción de aquélla, hubieran carecido de eficacia jurídica. Pero cuando se decía que la ley era una de las fuentes de las obligaciones, debemos entender por ésto, las que no tenían su origen en la voluntad de los contratantes, ni en los hechos lícitos o ilícitos de donde emanaba responsabilidad, sino en la ley misma; tal era, por ejemplo, la obligación de los alimentos impuesta por la ley en favor de los ascendientes y descendientes, recíprocamente, y la que estaba sancionada por una acción especial. [1]

En segundo lugar se decía que el contrato era también fuente de obligaciones, entendiéndose por él, el acuerdo de dos o más voluntades, para crear, modi-

---

(1) Artículo 310 y siguientes, Código Civil citado.

ficar o extinguir entre ellas, un vínculo jurídico, o lo que era lo mismo, una obligación. [2] Pero en rigor esta definición, que llena plenamente su objeto dentro del derecho moderno, no era rigurosamente aplicable al derecho romano, donde el contrato, aun cuando fué siempre una fuente creadora de obligaciones, necesitaba la sanción del Derecho Civil. Debemos establecer que en Roma, cuando ese acuerdo de las voluntades lo sancionaba el Pretor, como pasaba en los casos en que las partes modificaban por mutuo acuerdo la obligación que habían contraído anteriormente, se estaba en presencia, no de un contrato, sino de un pacto pretoriano. Esto nos está indicando que allí había diferencias entre contrato y pacto: diferencia ésta que ha desaparecido por completo en el derecho moderno donde ambas expresiones tienen idéntico sentido. En el curso de la evolución del derecho romano, esta diferencia entre contrato y pacto, acentuada al principio, fué atenuándose cada vez más hasta casi desaparecer. Debemos, pues, establecer que en Roma, cuando se habla de contrato debe entenderse por ello: la convención o acuerdo de dos o más voluntades que estaba sancionada por el derecho civil, y de aquí, la importantancia que allí tuvo el elemento formal, no intrínseco, sino extrínseco, de los contratos.

---

(2) Artículo 1.174, mismo Código.

Requeríase, en el antiguo derecho, que el contrato, para que tuviera eficacia jurídica, apareciera revestido de una forma solemne, y fué tánta la importancia que ésta tenía, que la falta de ese requisito de forma, que debía ser solemne, equivalía a que el contrato se considerase inexistente por faltarle la causa. Tal sucedía con el *nexum,* y con los contratos verbales y escritos llamados *verbis* y *litteris* en la etimología del derecho romano. Cuando la evolución del derecho romano fué admitiendo, igualmente válidos, otros contratos que se hacían sin dichas formalidades, como llegó a pasar con los llamados reales, porque se perfeccionaban, no por el cumplimiento de formalidades solemnes, sino con la entrega de la cosa objeto del contrato; y lo mismo con los llamados consensuales, porque en ellos, sin atender tampoco, ni a simbolismos ni a palabras, ni a escritos sacramentales, bastaba con que hubiera habido consentimiento de las partes para que nacieran obligaciones jurídicas entre ellas, sucedió que aquel primitivo concepto de causa fué cambiando progresivamente, hasta llegar a tener el sentido jurídico que tiene en el derecho contemporáneo.

Pasando ahora al análisis jurídico del contrato en sí, encontramos que de todos los elementos de diversos órdenes que pueden hallarse en ellos, hay cuatro que por considerárseles esenciales y llamárseles de este modo, deben encontrarse necesariamente en todo con-

trato: Estos cuatro elementos son: la capacidad de los contratantes, el consentimiento, el objeto y la causa. [3]

Al lado de estos elementos esenciales, existen otros que se llaman elementos naturales, porque atendida la índole de la convención especial de que se trata, la ley los considera incorporados al contrato por el tácito acuerdo de las partes, mientras éstas no hubieran declarado, explícitamente, su voluntad en contrario. Tal era, por ejemplo, la obligación que en el contrato de compra-venta tenía el vendedor de sanear la venta. [4] Si las partes no habían hecho ninguna declaratoria en este punto, se entendía que el vendedor queda obligado al saneamiento; pero las partes podían derogar por común acuerdo esta regla, y declarar el vendedor que vendía a todo riesgo, es decir, sin la obligación de sanear. [5]

Al lado de los dos grupos de elementos que se encuentran o pueden hallarse en los contratos, existían otros llamados accidentales, por ser modalidades que las partes contratantes introducían libremente en ellos. Estos elementos eran: la condición, el término, y la clásula penal. [6]

---

(3) Artículo 1.179, mismo Código.

(4) Artículo 1.528 y 1.545 y siguientes, mismo Código.

(5) Artículo 1.549, mismo Código.

(6) Artículo 1.223 y siguientes; 1.238 y siguientes; 1.275 y siguientes, mismo Código.

Expuestos los principios que anteceden, pasemos ahora al análisis de cada uno de esos elementos.

CONSENTIMIENTO

Se entendía por éste: el acuerdo de voluntades de los contratantes sobre un mismo objeto: *duorum pluriunve in idem placitum consensus,*—que decían los romanos—.[7] Porque bien podía suceder que se propusiese, solamente, un contrato a una persona, y que ésta no hubiere llegado a aceptar la propuesta. Decían los romanos que en este caso, por no estar cumplido el requisito esencial del acuerdo de voluntades a que acabamos de referirnos, no había contrato, sino una simple propuesta: *pollicitatio,* policitación, en nuestro lenguaje. [8] En dos casos, sin embargo, era obligatoria la *pollicitatio* en Roma, a saber: cuando se hacía por un justo motivo o causa, como sucedía cuando en reconocimiento de un honor que recibía o que esperaba un romano, le prometía al Estado alguna cosa. La segunda excepción tenía lugar cuando se trataba de un *votum* que decían los romanos, que era una promesa a los dioses, con algún fin religioso o

(7) Doctrina del Código Civil citado.

(8) Los artículos 118 y siguientes del ya citado Código de Comercio Venezolano, contienen reglas precisas respecto de cuando es que la policitación mercantil queda elevada a contrato por la aceptación del propuesto, según que resida éste en la misma plaza o no en que está el proponente. Serafini, en la obra citada, analiza la doctrina del Código de Comercio italiano, que contiene una teoría análoga a la del nuestro.

piadoso. No bastaba para los romanos que hubiera simplemente consentimiento: éste debía ser libre, decían ellos, y con ésto entendían que estuviera exento de vicios, que eran: el error, la violencia, y el dolo. [9]

El error es el falso concepto de la realidad. No todo error en el contratante anulaba el contrato. Se requería que hubiera *error in negotio*, que decían ellos, *error in corpore*, lo que equivalía a no haberse consentido en la obligación. Si al hacer el contrato creía uno de los contratantes que se trataba, por ejemplo, de una donación, al paso que el otro contratante creía que se trataba de una venta, había un error nada menos que sobre la negociación y el consentimiento mismos, y tal era el caso del *error in negotio*. Otro ejemplo podría darse cuando ocurría el caso de creer uno de los contratantes que se trataba de un mutuo, y el otro, que se trataba de un depósito. [10] El *error in corpore*, que era el que recaía respecto de la cosa que era objeto del contrato, anulaba la convención, cuando recaía sobre la identidad misma de la cosa. Así, por ejemplo, si el comprador creía que había comprado al es-

(9) Artículo 1.183, Código Civil citado.

(10) El derecho venezolano formula la misma teoría diciendo, que el error de derecho produce la nulidad del contrato sólo cuando ha sido la causa única o principal: (artículo 1.184, Código Civil citado). El único caso de excepción a la regla es en materia de transacción: (artículo 1.778, mismo Código). La teoría del error de derecho no tiene nada que hacer con el principio legal de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. (Véanse detalles en Serafini, obra citada, tomo I, y Dominici, obra y tomo citados).

clavo Estico, y el vendedor que había vendido a otro esclavo que no era Estico, no había contrato en tal caso. Si el comprador creía que la compra que hacía recaía sobre un fundo determinado, y el vendedor creía que se trataba de otro fundo, tampoco había contrato en este caso porque el consentimiento adolecía del vicio de un *error in corpore.* [11]

Podía suceder, a veces, que el error padecido no fuera tan fundamental como pasaba en los casos que acaban de exponerse, sino que recayera sobre una simple cualidad atribuida a la cosa, como pasaba, por ejemplo, cuando creía el comprador que había adquirido un esclavo diligente, y le resultaba perezoso. En estos casos, el error no recaía sobre el objeto del contrato: no había *error in corpore,* y por lo tanto, el consentimiento prestado era considerado libre y válido. [12]

---

(11) La ley venezolana formula la misma doctrina sobre el error de hecho en estos términos: El error de hecho no produce la nulidad del contrato sino cuando recae sobre la sustancia de la cosa que forma el objeto del contrato: (artículo 1.185, Código Civil citado). Observa Girard que había error sobre la sustancia para los romanos cuando se compraba cobre por oro, o plomo por plata, o una mesa revestida de plata por una de plata maciza, o bien un esclavo por una esclava, y asi de otras cosas más; pero no cuando se compraba oro de baja calidad en vez de oro fino, o un vino agrio en vez de uno bueno. Este error no influía sobre la validez de los contratos de derecho estricto, pero se terminó por admitir que en los contratos de buena fe, principalmente en la venta, impedían que se formara el contrato. (Véase autor citado, obra citada).

(12) Como queda visto, la doctrina del Código Venezolano queda reducida a que si ha habido error respecto de simples condiciones secundarias de la cosa, el contrato es válido, pero si esas condiciones se refieren a la sustancia de la misma, el contrato es nulo. La palabra sustancia está empleada en un sentido amplio que abarca no sólo la materia de que la cosa está compuesta, sino también su forma, su origen, su carácter histórico, etc. En el fondo lo que le toca al Juez averiguar, caso de controversia, es lo que llevó a las partes a contratar. (Véase Dominici, obra citada, tomo II).

Podía también suceder que el error en que habían incurrido las partes contratantes hubiera recaído, no ya sobre una cualidad de la cosa, sino sobre la cantidad, como pasaba cuando el comprador creía comprar una cosa por un precio dado: diez mil sextercios, y el vendedor entendía haber vendido por un precio más alto. Los romanos decidían que en este caso no había llegado a formarse el contrato; pero cuando lo que había pasado era lo contrario, decidían que había habido acuerdo de voluntades sobre la suma menor, y de consisiguiente que el contrato tenía fuerza y existencia legal.

En cuanto al error que recaía sobre los simples motivos que había tenido el contratante para obligarse, carecían de influencia legal ninguna: tal era el caso de quien compraba trigo porque creía erróneamente que había consumido el que tenía. Exceptuábase, sin embargo, el caso en que el referido motivo había sido el único que había determinado el contrato, como pasaba en la venta.

En cuanto al error que recaía sobre la identidad de la persona con quien se contrataba, *(error in persona)*, era muy difícil e imposible de concebirse cuando se trataba del contrato llamado *stipulatio* o estipulación, en que las partes estaban en presencia la una de la otra; pero cuando en los tiempos del derecho clásico, la presencia de las partes no era requerida, llegaron a anularse contratos por esta causa: realizábase

este caso cuando una persona creía recibir un préstamo de Titio y resultaba que lo recibía de Mevio. [13]

LA VIOLENCIA. (VIS)

Entendíase por ella la presión ejercida por uno de los contratantes sobre el otro para producir en éste el temor fundado de un mal físico o moral, *metus* que decían los romanos. El *metus* producido por la amenaza que se sufría, hacía que el consentimiento arrancado por este medio no fuera libre. Cuando el acreedor pedía el cumplimiento del contrato, el deudor podía oponerle la excepción que el derecho pretoriano llamaba *exceptio quo metus causa.* Más lejos todavía llegó el derecho honorario; y al lado de la citada excepción que lo que hacía era paralizar simplemente la acción intentada por el autor de la violencia, le reconoció al deudor que era víctima de la violencia, una acción directa que podía intentar contra el acreedor y que se llamaba: *actio quo metus causa.* Al lado de esta acción y de esa excepción, el deudor cuyo consentimiento había sido arrancado por la violencia, tenía la acción ordinaria de la *restitutio in integrum* cuyo efecto era obtener subsidiariamente la resolución del contrato, que quería decir: el restablecimiento de las

(13) La ley venezolana dice: el error sobre la persona con quien se contrata no invalida el consentimiento, a no ser que la consideración de éste hubiese sido la causa principal del contrato: (artículo 1.185 citado, único aparte).

cosas al estado que tenían cuando se empleó la violencia. Podía suceder que la amenaza no hubiera sido ejercida directamente sobre la persona misma del contratante: bastaba, para que surtiera los efectos legales que quedan examinados, con que apareciese indirectamente, haciéndosele ver al deudor de la obligación el mal que podía amenazar o que podía producírsele a un hijo, por ejemplo, de ese mismo deudor. Pero debe tenerse muy presente que no toda amenaza anulaba el consentimiento y daba derecho al empleo de las accions y excepciones, antes referidas: era preciso que el *metus* se produjese en un espíritu fuerte, en el *homo constantisimus*, que decían los romanos. [14]

DOLO

Hemos dicho también que el dolo era otro de los vicios, que invalidaban en Roma el consentimiento en los contratos. Por él entendían los Romanos toda ma-

(14) La legislación venezolana, reproduce la doctrina romana en los tres siguientes artículos:

Artículo 1.186. La violencia empleada contra el que ha contraído la obligación es causa de nulidad, aun cuando haya sido empleada por una persona distinta de aquélla en cuyo provecho se ha celebrado la convención.

Artículo 1.187. El consentimiento se reputa arrancado por violencia, cuando ésta es tal que haga impresión sobre una persona sensata y que pueda inspirarle justo temor de exponer su persona o sus bienes a un mal notable. Debe atenderse en esta materia a la edad, sexo y condición de las personas.

Artículo 1.188. La violencia es también causa de nulidad del contrato, cuando se dirige contra la persona o los bienes del cónyuge, de un descendiente o de un ascendiente del contratante. Si se trata de otras personas, toca al Juez pronunciar sobre la nulidad, según las circunstancias.

La ley hace constar, expresamente, que el sólo temor reverencial, sin que que se haya ejercido violencia, no basta para anular el contrato: (artículo 1.189, mismo Código).

quinación fraudulenta cuyo objeto fuera arrancarle el consentimiento a la persona con quien se contrataba, causándole desde luego un perjuicio. Tratábase, pues, de un acto contrario al uso de las gentes honradas, y destinado a engañar a otro. Distinguían los romanos el dolo malo, que era al que acabamos de referirnos, y el dolo bueno que consistía solamente en la exagerada recomendación que solía hacer el vendedor, por ejemplo, respecto de la cosa que deseaba prontamente vender, y que en el fondo no iba encaminada a engañar al comprador, sino a estimular su decisión. Este último no invalidaba el consentimiento. El dolo malo no impedía que el contrato se formara, y en los tiempos primitivos del derecho romano, solamente en casos excepcionales, se le daba a la víctima una acción para anular el contrato. Fué el derecho pretoriano el que más tarde le dió al contratante perjudicado por la maquinación fraudulenta del otro contratante, una acción penal para castigar el fraude, y una excepción para rechazar la acción con la que se le pedía la ejecución del contrato. De aquí se pasó a una acción directa rescisoria del contrato, que le permitía a la víctima del dolo, pedir que la convención fuese anulada, acordándosele además, daños y perjuicios, cuando había lugar a ello. Pasaba, a veces, que el dolo no había sido principal—como decían los romanos—que era la maquinación fraudulenta sin la cual no hubiera

habido consentimiento, sino un dolo puramente incidental, que no era tan tenue, y propiamente insignificante desde un punto de vista legal, como pasaba con el dolo bueno, sino maquinación artificiosa, en el fondo, que le daba a la víctima el derecho a pedir que se condenara a la contraparte a reducir, solamente, el precio convenido por la cosa que había sido objeto del contrato. La víctima del dolo podía, pues, escoger entre las dos acciones: la rescisoria, y esta otra de disminución o reducción del precio, según que tuviera o no interés en que se mantuviera el contrato. Para el ejercicio de la acción rescisoria a que nos hemos referido, requeríase que el dolo emanara de uno de los contratantes, porque si emanaba de un tercero, el contrato era válido. Los romanos tenían para ésto un motivo justificado: cuando se pedía la ejecución del contrato, no era justo oponerle una excepción de dolo al acreedor que no había puesto en juego ninguna maquinación fraudulenta de su parte, ni podía tampoco demandársele empleando la acción principal de dolo que nacía del contrato, porque ese demandado no había sido el autor del dolo. En tal caso, lógica y jurídicamente, resolvía el derecho Romano que la acción de dolo debía intentarse directamente contra el tercero que era quien lo había empleado, para obligársele a pagar los daños y perjuicios que había ocasionado. Cuando había sido el tutor el que había empleado el

dolo, entonces sí podía oponérsele al pupilo la excepción de que hemos hablado, pero era así porque el pupilo aparecía aprovechándose y enriqueciéndose a expensas de otro por la maquinación fraudulenta del tutor. [15]

### CAPACIDAD

Hemos dicho que entre los elementos esenciales que debía tener todo contrato estaba el de la capacidad de los contratantes.

Debemos decir ante todo, que lo que se entendía en Roma por capacidad, y lo que se tiene por tal en el derecho contemporáneo, es la aptitud jurídica para contratar. En Roma, y en nuestros días, la capacidad es la regla: la incapacidad la excepción. Bastará pues, precisar quiénes eran incapaces en Roma de contratar, para examinar el elemento esencial de la capacidad que nos ocupa.

Debemos distinguir, finalmente, la incapacidad que emanaba de la falta de capacidad de derecho, de la

---

(15) La legislación venezolana, artículo 1.190 del Código mencionado, reproduce la teoría romana del dolo al disponer por el citado artículo, que aquél es causa de nulidad del contrato, cuando las maquinaciones practicadas por uno de los contratantes han sido tales que sin ellas el otro no hubiera contratado. Esto en cuanto al dolo principal: respecto del incidental es de doctrina que da derecho a una indemnización o a un descuento de precio. (Véase Dominici, obra y tomo citados). Por lo que se refiere a la responsabilidad del representado, por el dolo del representante, aun cuando no pudiera hacer recaer sobre el primero una indemnización de daños y perjuicios, la acción de enriquecimiento es indudable que procede, y en opinión de algunos autores, la de nulidad de lo pactado. (Véanse Dominici, obra citada, y Larombiére, Obligations, tomo I).

incapacidad que emanaba simplemente de la edad y del sexo, o de la alteración de las facultades mentales del individuo, que constituían incapacidades de hecho. El esclavo en Roma, que no tenía *status libertatis,* el peregrino que no gozaba del *status civitatis* y los que estaban en patria potestad, que carecían del *status familiae,* no podían contratar ni obligarse por sí, porque carecían de capacidad de derecho. Los infantes, los mentecatos y los furiosos, eran considerados en Roma como absolutamente incapaces de hacer un contrato. Entre los furiosos colocábanse aquellos que por motivos de enfermedad, o grave acceso de cólera o de embriaguez completa, estaban momentáneamente privados del uso de la razón cuando contrataban. Tenía excepción el caso de los furiosos cuando se trataba de intervalos lúcidos. Al lado de estas personas, a quienes se consideraba del todo privadas de la capacidad de consentir por sí mismas, estaban colocadas otras cuya capacidad estaba sólo limitada: tales eran los pupilos, los menores, la mujer y los pródigos. En cuanto a los pupilos, requeríase la interposición de la *auctoritas* del tutor de que se ha hablado en el Capítulo de la tutela cuando debía el pupilo consentir en una enajenación u obligarse. Estos mismos impúberos salidos de la infancia podían, sin dicha *auctoritas,* ser acreedores. Los menores de 25 años podían serlo también, pero para obligarse o para ejecutar actos que envol-

vieran una enajenación, necesitaban el consentimiento de sus curadores. Cuando éstos no complementaban por este medio la capacidad de dichos menores, el contrato quedaba sometido al riesgo de una *restitutio in integrum* en favor del menor. Los pródigos eran equiparados a los impúberos, y por lo tanto eran anulables los contratos que envolvían disminución de su patrimonio, si faltaba en ellos el *consensus curatoris*. En cuanto a las mujeres podían ser acreedoras, pero no se les permitía que se obligasen por deudas de sus maridos. Más tarde desapareció esta incapacidad para las mujeres *sui juris*, y a partir de la época de Dioclesiano en adelante, fueran o no *sui juris* o *alieni juris* las mujeres, eran consideradas capaces de obligarse por contratos, exceptuándose el caso, desde luego, de la incapacidad especial de obligarse por otro, *intercessio*, creada por el Senado Consulto Veleyano.

En cuanto a los hijos de familia y a los esclavos, ya sabemos que se les consideraba solamente como instrumentos de adquisición del *pater familias*, salvas, desde luego las modificaciones y alteraciones introducidas en este respecto, por la teoría legal de los peculios. (16)

(16) Según la ley venezolana, pueden contratar todas las personas que no estuvieran declaradas incapaces por ella, como lo están: los menores, los entredichos, los inhabilitados, las mujeres casadas y generalmente todos aquellos a quienes la ley prohibe ciertos contratos. Los institutos llamados de manos muertas porque según sus leyes constitutivas o reglamentos no pueden enajenar bienes inmuebles, son también incapaces de adquirirlos. Es de observar que el que ha contratado con un menor, entredicho, inhabilitado, o mujer casada, no puede oponer la incapacidad de estas personas, excepción hecha de la incapacidad que se deriva de la interdicción por causa de condenación penal que puede ser opuesta por todos aquéllos a quienes interese: (artículo 1.180 y siguientes, Código Civil citado).

### OBJETO

Otro de los elementos esenciales que debían existir en todo contrato era el objeto. Entendíase por éste la materia de la obligación, y ésta era siempre una prestación que los romanos decían, que podía consistir en: *dare, facere* o *prestare.* Con la primera expresión significaban ellos la prestación consistente en el transferimiento de la propiedad o de cualquier otro derecho sobre una cosa, lo que venía a ser el objeto mediato de la obligación. Con la segunda, un nudo hecho que no envolvía aquel transferimiento, y con la tercera, alguna prestación accesoria o accidental, que entraba en el contrato. Estas expresiones dieron motivo en Roma a discusiones escolásticas, que carecerían hoy de interés práctico, pues en rigor, el objeto del contrato en Roma, y en nuestros días, no viene a ser sino un hecho positivo o negativo del deudor en favor del acreedor. Pero para que este hecho pudiera llegar a ser objeto de una obligación, tenía que llenar, según el derecho romano, ciertos requisitos. Debía ser en primer término, física y jurídicamente posible. Cuando la prestación consistía en un hecho físicamente imposible, se tenía la obligación por no contraída, por entenderse que, en caso tal, los contratantes no habían querido comprometerse de una manera seria. Podía suceder también que la cosa primitiva no existiera o

no pudiera existir, en cuyo caso se estaba en presencia de una imposibilidad física. Cuando la cosa prometida estaba fuera del comercio, como pasaba con las cosas sagradas, religiosas y santas, se decía que la imposibilidad era jurídica, y tanto en este caso como en el anterior de imposibilidad física, se decía que la obligación era nula porque le faltaba el objeto. Sucedía, a veces, que las partes sujetaban la eficacia del contrato al hecho futuro de que la cosa que podía estar fuera del comercio al momento de celebrarse la convención, pudiera no estarlo para el momento en que ésta fuera exigible, y aun en este caso el contrato era considerado nulo. Los Pretores, sin embargo, le dieron al acreedor de buena fe, para que pudiera reclamar daños y perjuicios, una acción *in factum,* como pasaba en los casos de venta. Sucedía, a veces, que la cosa estaba en el comercio, sin que pudieran adquirirla ciertas personas, como pasaba con el tutor respecto de los bienes del pupilo; o con el Gobernador de una Provincia, con los bienes ubicados en su jurisdicción. En estos casos, el contrato era nulo, si lo habían celebrado esas personas respecto de quienes había una imposibilidad jurídica especial para adquirir válidamente esas cosas. Podía suceder también, que se prometiese el hecho de un tercero, y en este caso se consideraba que la obligación era nula. En la práctica las partes insertaban una cláusula penal en el contrato, para el

caso en que el tercero no ratificara lo que el deudor había prometido que aquél haría, cláusula esta que resultaba inútil en los contratos de buena fe, en que ateniéndose el Juez a la intención de las partes, llegaba a la conclusión de que éstas no habían querido seriamente obligarse. Requeríase también, que el objeto fuera lícito. Cuando lo que se prometía era contrario a la Ley o a las buenas costumbres, se consideraba que la obligación era nula. Esta regla, que fué fundamental en el derecho romano, ha seguido siéndolo en el derecho contemporáneo.

El objeto de la obligación debía llenar además otro requisito que era el interés que debía representar para el acreedor lo que se le ofrecía en el contrato, y de aquí la regla jurídica, aún vigente, de que donde no hay interés no hay acción. No era indispensable en el derecho romano que ese interés fuera exclusivamente pecuniario: bastaba con que pudiera apreciárselo patrimonialmente, como sucedía cuando el acreedor acreditaba por medio de una probanza judicial los perjuicios materiales que para él se derivaban del incumplimiento del deudor. Requeríase, por último, que el objeto no pudiese quedar al puro arbitrio del deudor, lo cual se explica por sí mismo con sólo pensar que del contrato nacía una acción conminatoria

que obligaba al deudor a cumplir lo que había ofrecido, y si no cumplía, a pagar los daños y perjuicios ocasionados por su inejecución. [17]

DE LA CAUSA

No nos queda por examinar, de los elementos esenciales de los contratos, sino este de la causa en que pasamos a ocuparnos. Debemos tener muy presente en este punto, que lo que entendía por causa el antiguo derecho romano, era el conjunto de las formali-

(17) En el derecho venezolano rigen las siguientes reglas respecto del objeto de los contratos: en primer lugar sólo las cosas que están en el comercio pueden ser objeto de los contratos, y la cosa que forma ese objeto debe ser determinada, por lo menos en cuanto a su especie; no importa, por lo demás, que la cantidad de la cosa pueda ser incierta con tal de que pueda determinársela. Permite la ley que las cosas futuras puedan ser objeto de los contratos, bien que no se puede renunciar una sucesión aun no abierta, ni celebrar ninguna estipulación sobre esta sucesión, sea con aquél de cuya herencia se trata, sea con terceros, aun con su consentimiento: (artículos 1.191, 1.192, y 1.193 del Código Civil citado).

Reconoce igualmente la ley venezolana la nulidad de la convención cuando se hace depender del cumplimiento de una cosa imposible, o es contraria a las buenas costumbres o a la ley: (artículo 1.226, mismo Código); y en cuanto a la regla de que hay cosas en el comercio que no pueden ser objeto de contratos respecto de ciertas personas, rige el mismo principio en el derecho venezolano: los tutores, por ejemplo, protutores y curadores, no pueden comprar los bienes de las personas sometidas a su tutela, protutela y curatela; ni los administradores, mandatarios o agentes, los bienes que están encargados de vender o de hacer vender; ni los empleados públicos, los bienes de la Nación, de sus Estados o sus Secciones, o de los establecimientos públicos de cuya administración estuvieren encargados, ni los bienes que se venden bajo su autoridad o por su ministerio; ni los abogados o procuradores, ni por sí ni por medio de personas interpuestas, celebrar con sus clientes ningún pacto ni contrato de venta, donación, permuta, u otros semejantes, sobre las cosas comprendidas en las causas a que prestan su ministerio, bajo pena de nulidad y el pago de los gastos y de los perjuicios, y así en otros casos más: (artículo 1.524, Código Civil citado).

Ahora bien, cuando lo que se promete es el hecho de un tercero, se aplica lo dispuesto por el artículo 1.204 del Código Civil citado, que establece que ello sólo da derecho a indemnización contra aquél que se ha obligado, o que ha prometido la ratificación del tercero, si éste rehusa cumplir la obligación.

dades impretermitibles y solemnes que les daban eficacia jurídica a los contratos llamados formales o solemnes. Atendíase, en ellos, exclusivamente, al cumplimiento estricto de la forma o elementos sacramentales de que los revestía el derecho civil para su validez, de donde resultaba que era bastante que tal requisito apareciese cumplido para que el contrato tuviera causa, sin atender para nada, a la intención de los contratantes. Este concepto primitivo cambió con el transcurso de los tiempos, cuando a su vez la base formalista de los contratos del *jus civilis,* se cambió por el consentimiento, que era la del *gentium.* Y fué así como la *causa civilis,* que en la forma primitiva del *nexum,* en la *stipulatio,* y en la *litterarum obligatio,* consistía solamente en una formalidad extrínseca y sacramental, sin entrar en modo alguno el acuerdo de voluntad de los contratantes, pasó a materializarse en los contratos llamados reales (mutuo, comodato, depósito y prenda), con la entrega de la cosa, objeto del contrato, y a intelectualizarse, por último, en los contratos innominados, primero, y en los consensuales después, sin llegar hasta los *nuda pacta,* para constituir en definitiva, el núcleo de la teoría jurídica de la causa, que, en el fondo, no era sino lo que las partes habían tenido en mira al contratar, capaz por sí sola para justificar el por qué debía tener el contrato consecuencias jurídicas. De aquí la diferencia entre el simple motivo

que explica la sola adquisición de la cosa, objeto del contrato, y el motivo que explica el por qué se obliga el deudor en derecho al cumplimiento de una obligación: de aquí también la diferencia entre el objeto y la causa, o lo que es lo mismo entre el *quid debetur* y el *cur debetur.* En la compra-venta, por ejemplo, el objeto del contrato era la cosa que el vendedor vendía y que el comprador adquiría: en ese mismo contrato la causa era diferente, y consistía: para el comprador, en pagar el precio estipulado, precisamente porque a cambio de él recibía del vendedor la cosa comprada, y viceversa. De modo que en los contratos bilaterales, las obligaciones de los contratantes les servían recíprocamente de causa. En los contratos unilaterales, la causa se presumía, de suerte que quien alegaba que no la había habido, estaba en la obligación de comprobar su aserto. Este mismo concepto de la causa, que de formalista y técnico que fué en los primeros tiempos de Roma, pasó a ser filosófico y abstracto en el derecho clásico, nos conduce a explicarnos las consecuencias jurídicas que se derivaban de ambos conceptos en el derecho romano. Bastaba que en la estipulación, por ejemplo, no fuera concordante la repuesta del deudor con la pregunta del acreedor, para que, sin más examen, llegase el Juez a la conclusión de que el contrato no tenía existencia legal, por faltarle la causa. Podía suceder que la intención de los contratantes

fuera la misma sin discrepancia alguna: esta circunstancia no se tomaba en cuenta, el contrato carecía de causa, y era jurídicamente nulo, de acuerdo con el rigorismo del derecho civil. En el derecho clásico no era así: el consentimiento de los contratantes era el elemento que predominaba, como signo que era de la voluntad y de la intención de los contratantes, y para que ese consentimiento surtiera efectos legales, considerado desde el punto de vista de la causa, lo que se requería era, simplemente, que tuviera un fin lícito, porque si no lo tenía, el contrato era tenido por nulo. Sucedía también que cuando el deudor se obligaba partiendo de la base de una causa que no existía, esa obligación no surtía tampoco efectos legales, y al lado de la acción personal que le daba al deudor el derecho civil para pedir la nulidad, el derecho pretoriano le daba también una excepción de dolo, para que pudiera detener la acción del acreedor.

Ahora bien, tanto en Roma, como en los tiempos que alcanzamos, la teoría de la causa ha estado rodeada de cierta tiniebla que hace a veces difícil precisar con toda claridad sus contornos, sobre todo cuando se requiere hacer de ella un estudio completo. Explícase ésto, por las largas y controvertidas discusiones a que en Roma dió origen la teoría: discusiones aquéllas que han pasado, aun cuando la herencia haya sido recibida a beneficio de inventario por los tratadistas, al derecho

contemporáneo. En éste la causa es independiente de las formalidades extrínsecas de la convención: ésta es eficaz, legalmente, desde el momento en que existe consentimiento válido, viniendo a ser la causa, la finalidad o el hecho jurídico que las partes han tenido en mira al celebrar el contrato, lo que justifica jurídicamente el que aquél tenga consecuencias legales. De donde se deduce que la causa viene a ser lo que cada uno de los contratantes ha querido alcanzar en su ventaja, como compensación de lo que ha dado, o ha prometido dar. Puede muy bien suceder que, en definitiva, se haya equivocado el contratante, imaginándose alguna ventaja o alguna compensación que no llegue a alcanzar, pero este hecho nada tendría que hacer con la teoría que examinamos. Basta que las partes hayan tenido en mira esa ventaja para que pueda decirse que el contrato tiene causa y que, por lo tanto, es legítimamente válido y jurídico. Los romanos, como lo observa Capitant, no tenían un término especial para designar el fin que contemplaba el deudor al consentir en obligarse, y la palabra causa era empleada en muchos sentidos distintos que iban desde el que designaba la causa eficiente de la obligación, que era el acto jurídico que le daba nacimiento, hasta el que designaba, clara e indiscutiblemente, aquel fin contemplado por el que ejecutaba el acto, sin dejar de ser, en otros casos, el hecho necesario que le daba fuerza obli-

gatoria a las convenciones sinalagmáticas, excepción hecha de los contratos consensuales, y designar en materia de liberalidades no sólo el fin mismo que perseguía el donante, sino el simple motivo que lo determinaba a hacer la donación o el legado. [18]

---

(18) Henry Capitant. De la cause des obligations.

NOTA.—Respecto del derecho venezolano rigen los siguientes principios: la obligación sin causa, o fundada en una causa falsa o ilícita, no tiene ningún efecto; el contrato es válido aunque la causa no se exprese; la causa se presume que existe, mientras no se pruebe lo contrario; y la causa es ilícita cuando es contraria a la ley, a las buenas costumbres, o al orden público: (artículos 1.194, 1.195, 1.196 y 1.197, Código Civil citado).

## CAPITULO V

## OBLIGACIONES. - (Continuación)

### MODALIDADES DE LOS CONTRATOS

Hemos dicho que en los contratos había tres clases de elementos: los esenciales, los naturales, y los accidentales. Ya hemos visto en qué consistían los dos primeros; analizaremos ahora los últimos. La doctrina los conoce también bajo el nombre de modalidades, y no eran, en el derecho romano, sino las modificaciones que la voluntad de los contratantes introducían ya en lo relativo a la existencia misma del contrato, ya en lo referente a su ejecución o a su objeto. Las principales modalidades que encontramos en el derecho romano, y sucede lo mismo en el derecho contemporáneo, eran la condición y el término.

Se entendía por condición el acontecimiento futuro e incierto del cual dependía la creación de una obligación, y también su extinción. De aquí que cuando la formación de aquélla estaba sujeta a la realización

de dicho acontecimiento, la condición se denominara suspensiva, y que cuando era su extinción la que estaba subordinada a la realización de ese mismo acontecimiento se denominara resolutoria. [1] Como está claramente expresado, el acontecimiento debía ser futuro e incierto: estos dos elementos se consideraban no sólo coadyuvantes, sino esenciales. De manera que si el acontecimiento se había verificado ya, no se consideraba que la obligación era condicional, sino pura y simple. La incertidumbre, a su vez, era el otro elemento característico. De donde resultaba que si estaba averiguado que el acontecimiento debía necesariamente verificarse, o que no se verificaría, pues la obligación no era condicional, y Ulpiano decía que la obligación debía considerarse en esos dos casos como pura y simple también. Veremos más tarde que cuando se sabía que el acontecimiento necesariamente se verificaría, lo que había propiamente era un término cierto o incierto, y no una condición.

El criterio predominante en el derecho romano respecto de las obligaciones condicionales, era que estas modalidades estaban subordinadas a la libertad de las partes, siempre que, naturalmente, no se tratase de condiciones imposibles, ni de las que tuvieran un fín ilícito o inmoral. Pasaba otro tanto con aquellas

---

(1) Artículos 1.223 y 1.224, Código Civil citado.

que dependían por completo de la voluntad del obligado. [2] Cuando éste se imponía la condición de tocar el cielo con su dedo, que era el ejemplo característico que ellos daban, decían los romanos que la obligación no se formaba porque lo que probaba semejante condición era, únicamente, que las partes no habían querido contratar de una manera seria, sino por juego. En el caso apuntado se trataba de una imposibilidad física; pero también podía ser de un orden legal, como pasaba cuando la condición implicaba la violación a un principio de orden público que la ley consagraba, como cuando se imponía, por condición, digamos, que el obligado se casase antes de llegar a la pubertad. Y tan severa era la ley romana a este respecto, que el contrato era nulo aun cuando se contara con que la ley cambiara. Lo mismo sucedía con lo que era ilícito o inmoral: el obligarse a cometer un robo o a hacerle un daño a otro, o a realizar actos contrarios a lo que los romanos llamaban *boni mores*. Ahora bien, si las condiciones llenaban las dos apuntadas características legales, y no caían en las excepciones que quedan analizadas, se las consideraba válidas y obligatorias y se las dividía en las siguientes clases: positivas o negativas; expresas o tácitas; casuales, potestativas y mixtas; suspensivas o resolutorias.

---

(2) Artículos 1.226, ya citado, y 1.228, mismo Código.

Entendíase por condición positiva o negativa, aquella que dependía de la llegada o no del acontecimiento futuro de que hemos hablado. Las partes eran libres de fijar o no cierto lapso dentro del cual debía realizarse el acontecimiento futuro e incierto del que dependería la obligación. Cuando discurría este plazo sin que aquél se realizara, el nexo jurídico quedaba extinguido: cuando no se fijaba lapso, entonces en cualquier época podía realizarse el acontecimiento, y se consideraba, únicamente, que la obligación no se había cumplido cuando ciertamente se sabía que ya el acontecimiento no podía realizarse. La condición negativa, por el contrario, estaba en suspenso en tanto que el acontecimiento futuro podía realizarse, y cuando éste se verificaba, se entendía que la condición no se había cumplido. Esto equivale a decir que cuando una obligación se había contraído en Roma bajo la condición de que un acontecimiento sucediera en un tiempo determinado, la condición se tenía por no cumplida, si expiraba el tiempo sin que el acontecimiento se hubiera efectuado: que si no se había fijado lapso, la condición no podía cumplirse en cualquier tiempo, y no se tenía por no cumplida sino cuando era cierto que el acontecimiento no sucedería. Igualmente que cuando se había contraído una obligación bajo la condición de que no sucedería un acontecimiento en un tiempo dado, la condición se juzgaba cumplida

cuando expiraba este tiempo sin que el acontecimiento sucediera, juzgándose igualmente cumplida si antes del lapso estipulado era cierto que el acontecimiento no debía efectuarse: que si no se había fijado época, no se tenía por cumplida sino cuando era cierto que el acontecimiento no había de cumplirse. [3]

La condición era expresa cuando las partes la habían establecido clara y manifiestamente en el contrato; y tácita cuando resultaba de las circunstancias, como sucedía con la promesa de dote, que estaba sujeta a que el enlace matrimonial se verificase.

La condición casual era la que dependía del acaso: te venderé mi casa si llegare tal nave de Grecia. La condición potestativa era la que dependía de la voluntad de las partes o de un tercero, y así se decía: si subieres o no subieres al Capitolio. Podía suceder que la obligación dependiera de la sola voluntad del acreedor: en este caso era válida; pero cuando dependía, únicamente, de la entera voluntad del deudor, se consideraba entonces que era nula. Decía Ulpiano que en este caso había la negación de la idea de obligación, y por ésto era nula. La condición mixta era la que dependía, no sólo del acaso, sino de la voluntad del obligado también: te daré cien mil sextercios si llegares a casarte con Porcia, decía el promitente: el

(3) Artículo 1.233 y 1.234, mismo Código.

hecho aquí era futuro e incierto, pero dependía también de la voluntad de Porcia, admitiendo que tal fuera también la del beneficiado. [4]

En cuanto a las condiciones suspensivas y resolutorias, fueron desconocidas en los primeros tiempos del derecho romano. Observa Cuq, que en tiempos de Cicerón se las empleó seguramente en el testamento, pasando luego a la *sponsio,* y a los contratos consensuales y reales. [5]

### EFECTOS DE LA CONDICIÓN SUSPENSIVA

No estuvieron de acuerdo los jurisconsultos clásicos acerca de estos efectos, y Proculeyanos y Sabinianos profesaban doctrinas diferentes en este punto. Sostenían los primeros, que la condición suspensiva detenía el nacimiento del contrato, al paso que los segundos decían que lo que estaba en suspenso era solamente su perfeccionamiento. Sostenían los unos, que en tanto que la condición no se cumplía, no había contrato, al paso que los otros pensaban que el contrato lo que estaba era imperfecto o inconcluso. En Roma se seguía al principio la doctrina de Labeón, sustituída luego por la otra, pero no abiertamente, pues en determinados casos seguía aplicándose la primera. La verdad es que el contrato, sujeto a una condición suspensiva, tenía un prin-

(4) Artículo 1.225, Código Civil citado.

(5) Cuq: "Manuel des Institutions Juridiques des Romains".

cipio de existencia desde el momento mismo en que se lo celebraba, pues se atendía a esa oportunidad para examinar y tomar en cuenta los elementos que lo hacían válido o no, principal y señaladamente la capacidad de los contratantes, y tal fué la teoría romana que en el fondo predominó, pues la estipulación que hacían el hijo de familia o el esclavo aprovechaba al que tenía la *patria potestas* o la potestad domínica sobre el hijo o sobre el esclavo al hacerse la estipulación, aun cuando el hijo hubiera salido más tarde de la patria potestad del padre por una emancipación o el esclavo de la esclavitud por medio de una manumisión; pero al realizarse la condición era cuando nacía la acción para pedir en juicio la ejecución del contrato, por lo cual el derecho contemporáneo y nuestro Código Civil, por lo tanto, establecen, claramente que, cumplida la condición, se retrotrae al día en que la obligación ha sido contraída. [6] En Roma era controvertido el punto de si el cumplimiento de la condición producía efecto retroactivo, principalmente para los que sostenían que el contrato bajo condición suspensiva no existía sino al realizarse la condición. Este contrato, bajo condición suspensiva, creaba en Roma, como pasa en el derecho contemporáneo, un estado expectante pero indeciso de obligaciones, y en el fondo lo que sucedía era, en gene-

(6) Artículo 1.236, Código Civil citado.

ral, que el efecto de la condición lo que hacía era dejar en la incertidumbre el efecto del negocio jurídico, por lo que Ulpiano decía: *dies cedit, dies venit pendet condictio,* no obstante el que la no verificación de la condición equivalía, en realidad, a que no hubiera habido contrato, o en otros términos, a que no hubiera existido declaratoria de voluntad de obligarse. El cumplimiento de la obligación hacía cesar ese estado de incertidumbre: el contrato entraba a producir entonces su pleno efecto jurídico, y lo que había sido esperanza de derecho para el acreedor, era para él o sus herederos, si moría, derecho definido y claro; y lo que constituía obligación hipotética y dubitativa para el deudor, objeto de contrato, definido y claro, para este deudor o sus herederos, si llegaba a faltar, todo lo cual caía bajo las consecuencias jurídicas de la *solutio* y bajo los principios de equidad sacados de la teoría de la culpa que servían de base en Roma a la doctrina de la pérdida de la cosa debida. [7]

### CONDICIÓN RESOLUTORIA

Como lo está indicando el vocablo, la condición resolutoria lo que hacía era disolver o romper, o resolver, que es la expresión jurídica, el vínculo preexistente de una obligación. La obligación existía, pues,

---

(7) Pueden consultarse: Cuq, obra citada; Digesto Italiano, tomo citado; Girard, obra citada.

con todos sus elementos desde el momento en que se la contraía, pero al realizarse el acontecimiento futuro e incierto a que estaba sujeta, y a cuya no realización debía su permanencia el contrato, quedaban las cosas restituidas al estado que tenían al celebrarse la obligación. En el derecho venezolano, y tal es la regla del derecho contemporáneo, en general, la condición resolutoria no suspende la ejecución, sino que obliga sólo al acreedor a devolver lo que ha recibido, cuando se efectúa el acontecimiento previsto en la condición. [(8)] Pero en Roma las cosas pasaban, aun cuando en el fondo iguales en sus consecuencias, un tanto diferentes en cuanto al modo de llegar a esas consecuencias. Los romanos llamaban propiamente condicional al contrato en que había una condición suspensiva, pero no consideraban que tuviese este carácter el contrato que hoy consideramos, sin dificultad ninguna, como contraído bajo condición resolutoria. Los romanos procedían, en este caso, como era el rasgo característico de su derecho, con una lógica estricta, de lo que resultaba que el contrato era considerado puro y simple, pero resoluble por una condición que estaba contenida en un pacto adjunto a él. Por eso decían ellos: *pura est emptio, quae sub conditione resolvitur.* [(9)]

---

(8) Artículo 1.230, Código Civil citado.

(9) Pueden consultarse: Giorgio Giorgi, Teoria delle obligazioni, Vol. IV; y Cuq, obra citada.

En nuestros días, como antes dijimos, cuando la condición resolutoria se cumple, la obligación queda revocada, y las cosas vueltas al mismo estado que tenían antes como si la obligación no hubiere existido, al paso que en Roma, como la condición resolutoria no estaba entre los medios de extinguir las obligaciones, la condición resolutoria expresa en el contrato no funcionaba de la manera mecánica, pudieramos así decir, cómo funciona en nuestros días. La venta es un ejemplo palpable de esta diferencia, porque en Roma cuando se la agregaba el pacto de *retrovendendo*, esta expresión misma estaba gráficamente indicando que al realizarse la condición resolutoria, prevista en el pacto, la obligación que asumía el comprador era la de retrovender o venderle de nuevo al primitivo dueño o vendedor la cosa que éste le había vendido a él anteriormente; al paso que en el derecho contemporáneo, cuando la venta se hace bajo la condición resolutoria del rescate, basta que esta condición prevista se haya cumplido para que el comprador se limite a declarar, simplemente, que por cuanto ha sido así, la venta ha quedado resuelta, y en consecuencia el vendedor originario dueño nuevamente, sin necesidad de ninguna reventa, de la cosa objeto del contrato.

## TÉRMINO

Otra de las modalidades que las partes podían introducir libremente en una obligación era el término.

Difería éste de la condición en que aquél era el acontecimiento futuro, pero cierto, del que dependía la exigibilidad de una obligación o su resolución. [10] Podía suceder que al efectuarse el contrato las partes fijaran en él la fecha en que la obligación se haría exigible: Ticio prometía pagarle o Mevio diez mil sextercios cierto día del año. Podía suceder también que no se fijase tiempo para el cumplimiento en cuyo caso el Juez lo fijaba. Podía también pasar que aun cuando cierto naturalmente el día no fuera prefijado como pasaba en los contratos en que simplemente se empleaban las palabras: *cum moriar.* Ahora bien, del propio modo que la obligación condicional era nula cuando las partes establecían una condición imposible de realizarse, asimismo, cuando aparecía un término en el contrato que tenía el propio carácter de imposibilidad, se consideraba nulo el contrato, porque no podía creerse que las partes lo hubiesen puesto ni seriamente ni por error: tal sucedía en los casos en que el deudor, que estaba en Roma, se obligaba a pagar en Cartago, ese mismo día, una suma de dinero.

Los romanos dividían el término en suspensivo y resolutorio o extintivo. El primero mantenía en suspenso los efectos del contrato hasta su llegada: ni el

(10) El artículo 1.238 del Código Civil citado dice: El término estipulado en las obligaciones difiere de la condición en que no suspende la obligación y sólo retarda su cumplimiento.

*dies cedit,* ni el *dies venit,* estaban pendientes o en suspenso, como pasaba en el caso de las obligaciones condicionales; en el segundo, la llegada del término lo que producía era hacer que las cosas volvieran a lo que eran antes del contrato, quedando éste sin efecto para el futuro. De nuevo, con el término extintivo pasaba en Roma cosa análoga a lo que sucedía con la condición resolutoria, porque el término resolutorio no estaba entre los medios legales por los que se extinguían las obligaciones. De aquí los medios a que se acudía para que quedara resuelta la obligación, y para que el rigor del derecho civil, en este punto, no amparara, en el fondo, lo que no era el ejercicio de un derecho sino la violación de la equidad, como pasaba cuando los herederos del acreedor de una renta vitalicia, pretendían que se continuara pagándoseles unas anualidades a cuya obligación de pago había puesto fin, en el orden natural de las cosas, la llegada de un término resolutorio, marcado por la muerte del beneficiario. Lo que procedía, en este caso apuntado, considerando el punto en su aspecto jurídico, era la excepción de dolo que concedía el derecho pretoriano, ya que la actitud de los herederos, en dicho caso, revelaba un estado de mala fe que prosperaba gracias a la circunstancia de no ser de las que caían bajo el peso de una sanción legal. Y era que no podía tampoco darse la excepción que emanaba del pacto, porque no lo había, y de aquí

que se acudiese a rodeos o expedientes que por estar dentro del derecho, impedían la consumación de la apuntada injusticia, como pasaba con la forma de los Sabinianos de descomponer la renta vitalicia en una serie sucesiva de legados, puro y simple el primero, y condicionales los otros, sujetos a que estuviera vivo el beneficiario al comienzo de cada anualidad que debía pagarse, hasta que Juliano, sobreponiéndose a las dificultades que sólo suscitaba la conveniencia de mantener la armonía de la estructura jurídica prefiriera, con el fin de amparar eficientemente a la justicia fundada en la equidad, prescindir de esa estructura y conceder la excepción que nacía del pacto al deudor de la renta, paralizando con ella la acción de los herederos del acreedor. [11]

---

(11) Véase Cuq, obra citada.

Nota.—Establece la ley venezolana que cuando no haya plazo estipulado, la obligación deberá cumplirse inmediatamente, si la naturaleza de la obligación, o la manera como debe ejecutarse, o el lugar designado para cumplirla, no hagan necesario un término, que se fijará por el Tribunal. Si el plazo se hubiere dejado a la voluntad del deudor, se fijará también por el Tribunal. Dispone, igualmente, dicha ley, que lo que se debe en un término fijo no puede exigirse antes del vencimiento del término; pero no se puede repetir lo que se ha pagado anticipadamente, aunque el deudor ignorase la existencia del plazo. Ordena también que siempre que en los contratos se designe un término o plazo, se presume establecido en beneficio del deudor, a no ser que del contrato mismo o de otras circunstancias, resultase haberse puesto también en favor del acreedor. Ahora bien, si el deudor se ha hecho insolvente, o por actos propios disminuye las seguridades otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligación, o no le hubiere dado las garantías prometidas, no puede reclamar el beneficio del término o plazo. (artículos 1.239 y siguientes, Código Civil citado).

## CAPITULO VI

## DIVISION DE LOS CONTRATOS

### *Contratos Verbales.—Contratos Literales*

Debemos comenzar por decir que el derecho romano de los primeros tiempos, no contenía ni siquiera el esbozo de una teoría general de los contratos. Esto fué con posterioridad, el resultado de una larga evolución jurídica que abarcó dos grandes grupos, a saber: el uno, al de los contratos propiamente dichos, y el otro, al de los pactos. El primero comprendía a los contratos verbales y a los literales, los contratos reales y consensuales, los contratos innominados, los contratos bilaterales y unilaterales o sinalagmáticos perfectos o imperfectos, los contratos a título oneroso, y a título gratuito, los principales y los accesorios, los solemnes y no solemnes, y por último, los contratos de derecho estricto y de buena fe. El grupo de los pactos abarcaba dos categorías: los nudos pactos, y los que por contraposición se llamaban pactos vestidos.

Pasemos al análisis de cada una de estas categorías de contratos.

CONTRATOS VERBALES

Llamábanse obligaciones verbales en el derecho romano, *(verbis obligatio)*, como lo está indicando la expresión, la exposición oral o promesa verbal que hacia el obligado, como pasaba en la *dotis dictio;* y en la promesa que el liberto hacía a su patrono de prestarle sus servicios: *promissio operarum.* Al lado de estos contratos verbales del derecho antiguo, y remontándonos hasta los tiempos primitivos estaba el *nexum*, que era también un contrato verbal y solemne, en que intervenían el símbolo de la balanza para simular una pesada, el lingote de metal con que se tocaba la balanza, y las palabras solemnes de la *mancipatio* que debían pronunciarse en el momento en que se verificaba el acto. En este contrato del *nexum*, la persona del deudor, como sabemos, era la obligada, en el caso de incumplimiento de la promesa. Pero al lado de estos contratos verbales del derecho antiguo, el que vino a ocupar sitio señalado, porque llegó a ser una forma general de contraer obligaciones, fué el llamado estipulación: *stipulatio* que decían los romanos. Este contrato, en el cual las palabras que se emitían encerraban una fórmula solemne y sacramental, era propiamente un diálogo entre los contratantes, en el cual, la respuesta del *reus promittendi* debía ser congruente

con la pregunta que hacía el *reus stipulandi.* Como este contrato fué ideado cuando todavía la escritura no había adquirido el grado de desarrollo que luego alcanzó en el pueblo romano, el objeto de la pregunta y respuesta solemnes, que contenía la fórmula del contrato era precisar, de una manera que no estuviese después expuesta a dudas o a controversias, lo que exactamente habían convenido las partes, quienes, desde luego debían estar presentes y no ser ni sordas, ni mudas. Cuando el *reus stipulandi* empleaba la expresión *expondes?* al interrogar al *reus promittendi,* por ser palabra que debía emplear el ciudadano romano, debía contestarle *expondeo* el interrogado, quien debia ser también ciudadano romano; y cuando se empleaban más tarde, por ciudadanos y por peregrinos, la expresión *promites?,* debía contestarle el obligado: *promito* y así con otras expresiones análogas tales como *fidepromittes?, fidepromitto, fideijubes?, fideijubeo,* que eran los vocablos que podían emplearse, en griego o en latín, hasta la época del Emperador León, en que suprimida la solemnidad de las palabras, sólo se atendía a la congruencia del diálogo entre las partes.

Era solemne y sacramental la fórmula de este contrato, como lo hemos visto, viniéndole el nombre según San Isidoro de Sevilla, de que las partes al contratar tomaban una *stipula* que era el nombre con que se de-

signaba en Roma al tallo de las mieses, y rompiéndolo, unían, simbólicamente, las dos mitades para dar una idea de la obligación que contraían. Pero el punto es muy controvertido, pues para otros *stipula* era el nombre de una moneda simbólica que se le entregaba al estipulante, como prenda de lo prometido por el obligado, según la interpretación de Festo. [1] De cualquier modo que hubiese sido, es el caso que la estipulación vino a significar un gran progreso en el desarrollo de la teoría jurídica de la obligación, porque en los tiempos primitivos, la falta de cumplimiento a lo prometido no tenía más sanción que el desencadenamiento de la guerra privada; y cuando más después se introdujo la fórmula del *nexum* a que nos hemos referido, ésta vino a crear en el fondo una verdadera esclavitud para el romano, pues cuando el deudor carecía de bienes con que responder, como lo hemos visto, el acreedor se apoderaba de él y podía legalmente encerrarlo en su ergástula, cargándolo de

(1) El punto es muy controvertido, repetimos, porque la primera interpretación no se apoya sino en un argumento etimológico ligado a una práctica que se dice seguida más de mil años atrás, y de la que no se sabe ciertamente que hubiera existido. La segunda interpretación es menos inverosímil, y ha dado lugar a que algunos autores, Maynz y Ortolán entre ellos, se hayan pronunciado por la teoría que hace derivar la *stipulatio* de la antigua fórmula del *nexum*, suprimida la formalidad del simbolismo de la pesada que se hacía primitivamente. Las Institutas, por último, dicen que el nombre del contrato se derivaba de *stipulus* que equivalía a *firmus*, con lo que se daba a entender que era el revestimiento que debía tener el acuerdo de las voluntades de ambos contratantes para producir la obligación. (Pueden consultarse además de Maynz y Ortolán, obras citadas, Accarias y Gómez de la Serna, y Apuntes de Derecho Romano, obras también citadas).

vejámenes y de cadenas. Caído en desuso este contrato, después de la célebre rebelión de los *nexi* que estuvo a pique de provocar una guerra de secesión en Roma, y abolido, definitivamente, después de la promulgación de la ley *Poetilia,* no le quedó al acreedor sino el recurso de acudir a las sanciones religiosas y divinas, con lo cual quedaba también prevenido el azote de las guerras privadas, y apareció entonces la fórmula del juramento: las divinidades eran testigos de lo que juraba el obligado que haría, y la falta del cumplimiento traía la execración, *(execratio),* del que no cumplía, que quedaba entregado a la justicia vengadora de esas mismas divinidades. Es de advertir que este juramento estaba acompañado de la entrega de cierta pieza de moneda u otro objeto que, en prenda del juramento, se les ofrendaba a las divinidades ante quienes se hacía. De este juramento, de un orden religioso exclusivamente, se pasó a la estipulación que no vino a ser, en propiedad, sino una fórmula secularizada de ese mismo antiguo juramento, acompañado de sanciones civiles, como eran: la *condictio certi,* cuando la cosa que se prometía era cierta y determinada, o la acción genérica *ex stipulatu* que era la que debía intentarse cuando el objeto del contrato era una cosa indeterminada. Esto explica el que el contrato que nos ocupa revistiera en Roma la forma propiamente de un juramento que hacía el *reus promittendi al reus*

*stipulandi,* de entregarle una cosa o de ejecutar o de no ejecutar un hecho. [2] Hemos dicho anteriormente, que lo que hizo de la estipulación el contrato característico de las obligaciones, en que la causa residía en las formas sacramentales que se empleaban, fué el que llegó a ser una fórmula general que se empleaba para encerrar dentro de ella toda clase de convenciones lícitas, principal y señaladamente, después que el Pretor Aquilio Galo, como ya lo vimos, creó la fórmula de la estipulación Aquiliana, por la cual, cualquier convención previa de cualquier naturaleza que hubiera sido, podía ser válida y jurídicamente transformada en una obligación verbal.

Por lo demás la estipulación podía hacerse pura y simplemente, o por término, o bajo condición, y podía tener por objeto no sólo cosas sino también hechos.

## CONTRATOS LITERALES

A los contratos verbales de que acabamos de hablar, siguieron los llamados *litteris* o *litterarum.* Debemos cuidarnos de que conducidos por estas expresiones creamos que las obligaciones escritas en Roma eran sólo las que estaban revestidas o las que constaban de cualquier escrito. Cuando se habla de obligaciones literales en el derecho romano, debe entenderse

(2) Girard y Bonfante, obras citadas, entre otros, se pronuncian por la hipótesis del juramento como fuente de la *stipulatio.*

que el escrito era requerido *ad solemnitatem;* que el escrito era la causa de la obligación, y por lo tanto, que en esta clase de obligaciones, la escritura desempeñaba el mismo papel que las expresiones habladas en los contratos verbales. En Roma, la obligación literal, era la que emanaba de los *nomina transcriptitia,* en primer término, y más después, de los *chirographa,* y de los *singraphae.*

Los *nomina transcriptitia,* tenían su origen en la costumbre que practicaba el ciudadano romano de llevar un *codex* o registro o memoria privada, donde inscribía las operaciones de su crédito: ingresos y gastos, deudas y acreencias, que ordenamente formaba, tomando los datos de un simple borrador o registro auxiliar que se llamaba *adversaria.* Las diversas partidas que contenía este *codex* se denominaban *arcaria nomina,* siendo de advertir que ellas, por sí solas, no constituían el contrato *litteris propiamente,* porque en el fondo no venían a ser sino como la prueba, más bien, de la obligación contraída. La obligación *litteris* o *spentilatio,* que era la denominación romana que tenía, no emanaba sino de dos hechos, a saber: el primero, que el acreedor hubiera inscrito en su *codex* la *expensa lata* y segundo, que esa inscripción la hubiera hecho con el consentimiento del deudor. El primer punto quedaba acreditado en juicio con la presentación del *codex* del acreedor; el segundo, debía acreditarse con

la prueba del referido consentimiento, que resultaba sencilla, cuando del registro o *codex* del deudor, aparecía la constancia de haber ingresado dicha suma en su patrimonio. Podía suceder que hubiera discrepancia entre ambos registros, y entonces no le quedaba al acreedor otro recurso que acudir a otro género de pruebas para comprobar el asentimiento del deudor.

Estos *nomina transcriptia* podían ser de dos clases, ésto es: de la cosa a la persona, o de una persona a otra. Verificábase el primer caso, cuando siendo Ticio, por ejemplo, deudor de Cayo, por razón de un contrato de compraventa o de arrendamiento que habían celebrado anteriormente, se convenía entre ambas partes que figurara en el *codex* del acreedor, como *expensum,* lo que se debía por razón de la primera obligación, que quedaba, por lo tanto, extinguida. Verificábase el segundo caso, cuando un tercero se comprometía a pagarle al acreedor la suma de dinero que debía pagarle a éste su deudor. En este caso, el acreedor daba por recibida la suma que se le adeudaba, pero la inscribía como *expensum* en su *codex,* como si la hubiera entregado al nuevo deudor.

Este contrato *litteris* fué originariamente practicado entre ciudadanos romanos solamente; pero más tarde se modificó este rigor, y fué practicado entre los peregrinos también, punto éste sin embargo discutido entre Proculeyanos y Sabinianos. Pero es el caso que,

tomados del derecho de gentes, existía en Roma la costumbre de emplear los *chirographe,* y los *singraphae,* que eran también escritos que consistían en formas de obligaciones *litteris.* No se conoce, de una manera completa, la declaración que cada uno de ellos encerraba, pero se sabe que los primeros eran documentos que sólo aparecían firmados por el deudor, al paso que los segundos eran firmados por ambos contratantes, extendiéndose un ejemplar diferente del documento a cada uno. En la época de Justiniano, no quedaba ninguna huella de la *expensilatio,* y sólo se hablaba entonces del *chirographa,* cuya naturaleza primitiva misma, había cambiado. (*)

Este punto de la *litterarum obligatio* en el derecho bizantino, y principal y señaladamente, en la época del citado Emperador, ha dado origen a las más encontradas opiniones. Nosotros adherimos a las conclusiones de Collinet sobre el particular, ésto es: que después de la desaparición del contrato *litteris* del derecho romano, no existió en el derecho del Bajo Imperio ninguna *litterarum obligatio* general, y que

---

(*) Observa Lessona, que el *codex* romano, el cual generalmente lo llevaba, no el *pater familias,* sino un siervo que estaba encargado de ello, hacía plena fe en juicio, en la época anterior a Justiniano, y que más tarde sólo los libros de los banqueros conservaban esa fuerza probatoria. En el derecho del citado Emperador, agrega, la simple inscripción de una deuda en un registro doméstico no hacía prueba en contra de su autor; pero en cambio tampoco la hacía la declaratoria que en su favor pudiera hacer el mismo dueño de ese registro doméstico. (Autor citado: "Tratatto delle Prove in materia civile, Vol. III).

el pasaje de las Institutas de Justiniano a ese respecto, sólo tiene un carácter excepcional porque en él el citado Emperador lo que hizo fué decidir que el suscritor de un quirógrafo, que por motivo de un contrato de préstamo se había reconocido deudor de una suma que en realidad no había recibido, quedaba obligado *scriptura* si dejaba transcurrir el plazo de dos años de *la querela non numeratae pecuniae.* De manera que desde este solo punto de vista de un préstamo en que el prestamista dejaba discurrir dicho lapso sin hacer valer la referida *querela,* el prestamista quedaba obligado *litteris,* del propio modo que quedaba obligado *verbis,* cuando se practicaba el contrato verbal, el *reus promittendi* que no había opuesto la excepción análoga que llevaba el mismo nombre, para pedir que fuera declarada nula la *stipulatio* que contenía el préstamo. [3]

(3) Véase, autor citado, obra citada.

## CAPITULO VII

# CONTRATOS REALES

### MUTUO Y COMODATO

Del propio modo que tanto los contratos verbales como los escritos, se perfeccionaban, respectivamente, con el pronunciamiento de palabras sacramentales o de escritos que tenían el mismo carácter, en los contratos reales el criterio era distinto, y el contrato se llamaba real porque quedaba perfeccionado con la entrega de la cosa, *res rei.* Estos contratos, así llamados, eran cuatro: a saber: el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda.

### MUTUO.—(MUTUUM)

El mutuo era un contrato real, unilateral, en virtud del cual, una persona que se llamaba mutuante le entregaba a otra, que se llamaba mutuatario, cierta cantidad de cosas fungibles, con la obligación, para esta última, de devolverle, llegado el tiempo estable-

cido en el contrato, otras tantas cosas del mismo género y de la misma calidad. [1] Se decía que el contrato era real, porque no bastaba el simple consentimiento para perfeccionarlo, pues se requería la entrega de la cosa. Se decía que era unilateral, porque en el momento en que se lo celebraba no nacían obligaciones para ambos contratantes, sino solamente para el mutuatario. La definición que analizamos, nos conduce también a establecer la diferencia que existía entre la promesa de un mutuo y el contrato de mutuo propiamente. En el primer caso, no había obligaciones resultantes del contrato de mutuo, porque perfeccionándose éste, únicamente con la entrega de la cosa, si no se había hecho tal entrega, el contrato no llegaba a formalizarse legalmente. En tal caso se estaba en el derecho romano, y pasa lo mismo en nuestros días, a presencia de una simple obligación de entregar las cosas prometidas, es decir, de celebrar el contrato de préstamo, con la sola diferencia que en el derecho romano, para que dicha promesa fuera válida y surtiera efectos legales, debía revestírsela con las formas de la estipulación.

Históricamente fué el mutuo el primer contrato real que se conoció en el derecho romano: el como-

(1) Artículo 1.809, Código Civil citado.

dato, la prenda y el depósito, vinieron más después. Primitivamente se lo consideró como un contrato de derecho estricto, en el cual, no sólo se exigía la entrega de la cosa, como elemento de perfección del contrato, sino una traslación de propiedad por parte del mutuante, respecto del mutuatario. La estructura aristocrática y plutocrática de la primitiva sociedad romana, que concentró la riqueza en las manos de unos pocos, expuso a las clases desheredadas de Roma, que no tenían otros bienes que su persona para responder, a las consecuencias que producía el *nexum* que era, precisamente, la forma bajo la que se hacía entonces el mutuo; y de allí la reacción de esas clases oprimidas contra ese régimen y contra los abusos a que él daba ocasión. Como no había prohibición de estipular intereses en el mutuo, ni limitación tampoco para la rata de ese interés, creció extraordinariamente la codicia de los prestamistas usureros, y a tánto llegó el abuso, que las leyes de las XII Tablas hubieron de limitar ese interés al doce por ciento anual. Consistía la sanción de tal prohibición, en la pena del cuádruplo, si se comprobaba que había habido estipulación de intereses que excedieran la referida tasa legal. No fueron bastantes estas medidas para atajar el mal; y hubo de recurrirse a medios más enérgicos. De aquí que la Ley Genucia hubiera llegado a considerar delito público el dar dinero a préstamo, y que otra

Ley después, considerara delito privado el mismo acto. Esta reacción contra el préstamo a interés, hizo que el concepto odioso que se había llegado a tener del *mutuo*, cambiara por completo, cuando desprovisto el contrato de toda estipulación de intereses, venía a quedar convertido en un servicio que un amigo le hacía a otro. Al principio, no tenía sanción legal el contrato: después sí la tuvo, pero debía ser gratuito para tenerla. La estipulación de intereses llegó, a su vez, a ser legalmente permitida, pero no como elemento accidental del contrato, ni mucho menos como elemento natural del mismo, pues tal estipulación de intereses había que hacerla por separado en un contrato solemne. [2]

Queda sentado que al principio el mutuo tenía sanción legal: el *fenus*, que era el préstamo de dinero hecho bajo la forma de un contrato solemne, era, digamos, el *mutuum* del derecho estricto; el *mutuum* del derecho de gentes, que no tenía sanción legal, marchaba paralelamente, en la práctica de la vida de

(2) El artículo 1.819 del Código Civil establece que se permite estipular intereses por el préstamo de dinero, frutos, u otras cosas muebles. El artículo siguiente previene que el interés es legal o convencional; que el primero es el 3% anual, y que el convencional lo fijan libremente las partes, cuando la ley no lo tasa. Agrega el referido artículo que el interés convencional debe comprobarse por escrito cuando no es admisible la prueba de testigos para comprobar la obligación principal. Debemos advertir que cuando el préstamo es mercantil, y no se estipulan intereses, el interés no es el 3% anual, sino el corriente en el mercado: (artículo 534 del Código de Comercio). Por lo demás, si se han pagado intereses aunque no se hayan estipulado, no pueden repetirse ni imputarse al capital: (artículo 1.821, Código Civil citado).

Roma, al lado del otro, hasta que en definitiva triunfó, y se impuso por ser la fórmula que se miraba con mayores simpatías.

También hemos advertido que en el derecho antiguo de los romanos, las cosas que eran objeto de un mutuo, debían pasar directamente de la persona del mutuante a la del mutuatario. Este rigorismo desapareció con el transcurso del tiempo, y por eso el *mutuum* pudo allí llegar a hacerse por medios indirectos, tal como pasa en nuestros días. El mutuante, por ejemplo, podía autorizar a su deudor a que en vez de pagarle a él directamente cierta cantidad de dinero de que le era deudor, se la entregase, en calidad de mutuo, por cuenta del mismo acreedor a la persona que éste le indicaba. Podía suceder también que se autorizase a una persona a retener, a título de mutuo, lo que debía por cualquier otro título. Podía, igualmente, autorizarse a una persona, para que vendiera una cosa perteneciente al que daba la autorización, y para que conservase el precio a título de mutuo.

Las cosas de que era objeto el mutuo debían ser de la propiedad del mutante para trasmitir a su vez al mutuatario la propiedad de estas mismas cosas. De modo que si no tenía el mutuante dicha propiedad, o si no tenía capacidad para enajenarlas, no había mutuo. [3] Si las cosas habían sido consumidas de

(3) Artículo 1.810, Código Civil citado.

buena fe, el contrato quedaba consolidado, como sucedía si cumplido el requisito apuntado de la buena fe, se había consumado la usucapión en favor del mutuario. Requeríase también que las cosas fueran fungibles, es decir, que se consumiesen por el primer uso, como pasaba con el dinero, el vino, el aceite, y el trigo. [4] Equivalía esto a decir que las cosas que podían darse en mutuo, eran aquellas que podían contarse, pesarse o medirse.

Hemos dicho que al vencimiento del contrato debían entregársele al mutuante cosas de la misma calidad y del mismo género, y a este fin tenía el mutuante la acción de derecho estricto conocido en el derecho romano con el nombre de *condictio mutui.* Cuando el objeto del contrato había sido dinero, la acción se llamaba *condictio certi.* Cuando se trataba de otras cosas fungibles, los romanos denominaban la acción *triticaria.* Si no se había fijado fecha para la devolución del préstamo, ésta podía exigirse en cualquiera época, entendiéndose que las cosas, objeto del contrato, como de la propiedad del mutuatario que pasaban a ser, quedaban a los riesgos y cuidados de éste.

Cuando se trataba de préstamos de dinero, no se presumían los intereses: hemos dicho ya que había que recurrir a las formalidades de un contrato solem-

---

(4) Artículos 1.809 y 1.818, mismo Código.

ne para que hubiese derecho a ellos. [5] Según esto, debía, pues, recurrirse a la *stipulatio,* la cual no se consideraba como accesoria del mutuo, sino como un contrato aparte. Permitióse, más tarde, el préstamo a interés, mas no con la libertad que hoy puede hacerse en nuestro derecho, el cual reconoce el principio de la libre estipulación en este punto, sino limitándolos, y así las XII Tablas, como ya se observó, lo fijaban como máximo en el doce por ciento anual: *usurae centesimate,* que era la expresión consagrada; y el derecho de Justiniano en el seis por ciento, también anual. A los comerciantes se les permitía que estipulasen hasta el ocho por ciento; pero las personas que aspiraban a ser tenidas por ilustres, no podían dar dinero a préstamo a más de un interés de cuatro por ciento anual. En el préstamo marítimo, que luego examinaremos, podía estipularse hasta el doce por ciento anual de interés, lo que se justificaba por los riesgos que corría el mutuante o prestamista.

Preveía el derecho romano un caso que podía ocurrir en el préstamo de dinero, cuando cambiaba el curso de la moneda para la época en que el préstamo debía devolverse. La regla era que el mutuatario debía restituir la suma numérica que había recibido,

---

(5) En la ley venezolana, como quedó establecido anteriormente, cuando no hay estipulación expresa de intereses rige la regla del interés legal.

subiese o bajase el cambio de la moneda. Tenía excepción la regla cuando se había recibido en préstamo cierto número de monedas de oro o de plata, y se había estipulado que debían restituirse otras tantas de la misma especie o calidad. Podía suceder que no se las hallase al momento de la devolución, o que no fueran ya de curso legal o que su valor intrínseco se hubiese alterado. En estos casos, el mutuatario debía restituir el equivalente del valor intrínseco que había recibido, o sea, el que tenían las monedas, objeto del préstamo, en la época en que éste se había efectuado. [6]

Al lado del préstamo que queda analizado, había otro que llamaban los romanos *pecuniae traiecticia,* nombre que le venía de que el dinero que se le daba al prestatario estaba destinado a atravesar el mar, ora en especie, ya en mercancías destinadas a la exportación, y adquiridas con aquel dinero. El derecho moderno lo conoce con el nombre de préstamo a la gruesa. [7] En esta clase de préstamos se alteraba la regla general de que hemos hablado, a saber: que los riesgos de las cosas, dadas en préstamo, los tomaba a su cargo el mutuatario; pues en el préstamo trayecticio el que daba el dinero corría los riesgos de la fortuna de mar, de modo que si zozobraba la nave en que iban las mer-

---

(6) Artículos 1.811, 1.812 y 1.813, Código Civil citado.

(7) Artículos 790 y siguientes del Código de Comercio.

cancías o el dinero, el prestamista no podía pedir la restitución. Si la nave llegaba a buen puerto, debía restituírsele el préstamo, con más los intereses que po-dían subir, como antes dijimos, hasta el doce por ciento anual. Este *faenus nauticum,* que así también se llamaba, destinado, en su origen, al préstamo exclusivamente marítimo, se extendió, más tarde, a otros préstamos no marítimos, con tal de que el mutuante tomara a su cargo el riesgo de las cosas dadas en mutuo. El *fenus nauticum* fué de origen griego; el prestamista embarcaba a uno de sus esclavos en la nave, y el esclavo recibía, al llegar al puerto de destino, el dinero prestado y los intereses, que al principio podían fijarlo libremente las partes, pero que después Justiniano los limitó a lo que hemos visto. Una prenda sobre la misma nave o sus mercancías, servía generalmente de garantía al préstamo, y era práctica estipular un plazo para la restitución, a fin de darle al armador tiempo suficiente para vender la carga.

Relacionado con este contrato de préstamo, nos encontramos en Roma con la situación creada con los hijos de familia. El abuso de los prestamistas para con aquéllos aconsejó la necesidad de una represión, y a este efecto fué promulgado el Senado-Consulto, conocido con el nombre de Senado-Consulto Macedoniano. Dictóselo bajo la dominación del Emperador Vespasiano, y tuvo por objeto prohibir que a los hijos

de familia se les diese dinero a préstamo. Cuando el prestamista, contrariando esta disposición legal, celebraba un contrato de préstamo, y llegada la época de la devolución, pedía la entrega de su dinero, podía ser rechazada esta acción de cobro por medio de la excepción que emanaba del referido Senado-Consulto. Esta excepción podía oponerla, no solamente el hijo de familia, sino también su padre, del propio modo que los herederos de éste o de aquél. Podía suceder que en los casos en que el prestamista se hubiera procurado un fiador, fuera éste, por haber pagado, a quien demandara como delegatario de las acciones del prestamista: en este caso también, podía ser rechazada su acción por medio de la referida excepción. Debe advertirse que la obligación que emanaba de un mutuo, que hubiera sido consentido contraviniendo lo dispuesto por el Senado-Consulto Macedoniano, o sea el préstamo de dinero que se le hacía a un hijo de familia, era una obligación natural, de modo que, si en vez de oponer el deudor la excepción, reconocía la obligación, y devolvía el préstamo, dicho pago era válido. En otros términos, si en tal caso, después de efectuado el pago, pretendía el deudor que podía haberse excepcionado oponiendo la excepción que le daba el referido Senado-Consulto, y, alegando tal circunstancia, pretendía repetir el pago, el acreedor, a su vez, le oponía, con buen éxito, la excepción que emana-

ba del cumplimiento de las obligaciones naturales. Había casos, sin embargo, en que no se aplicaba el Senado Consulto Macedoniano, como sucedía, cuando el padre del hijo de familia ratificaba el contrato, o cuando el prestamista, por un error excusable, había creído mayor de edad al mutuatario. Respecto del hijo de familia, dos casos había en que no podía oponer, válidamente, la excepción a que daba derecho el referido Senado-Consulto, y que eran: cuando el hijo de familia poseía un peculio castrense o cuasi-castrense, o cuando, en llegando a ser padre de familia, *(pater familias)*, ratificaba el préstamo que había celebrado cuando no lo era.

La legislación Imperial creó otra excepción más en este contrato, y fué la conocida con el nombre de *querela non numeratae pecunia*, que servía, a la vez, de acción para pedir la devolución del documento en que aparecían recibidas especies que no habían sido contadas ni entregadas, y de excepción, cuando el demandado alegaba no haber recibido el objeto del préstamo. Al litigante que sucumbía en la acción, se le imponía la pena del duplo. Un año era el tiempo que se daba, al principio, para intentar la acción, lapso este que luego Diocleciano elevó a cinco años. Justino modificó estas reglas, y más tarde Justiniano redujo el plazo a dos años, siendo de advertir que no corría contra menores. Aplicábase al principio la *querela*

antes nombrada, solamente a los préstamos de dinero; pero en la época a que últimamente nos hemos referido, se la hizo extensiva a otras clases de préstamos, y aun hasta al escrito en que un marido declaraba haber recibido una dote que, en realidad, no le había sido entregada.

Hemos visto la lucha que se mantuvo en Roma contra la usura, lucha aquélla que llegó hasta tener como delito la estipulación de intereses en el mutuo. De aquí, pues, que si mal visto era exigir intereses, peor todavía era unir dichos intereses al capital prestado, y, exigir luego intereses sobre este total. Esta acumulación de intereses, o sea, intereses de intereses, era lo que se llamaba en Roma *anatocismos,* y la ley los prohibía. No era válido el compromiso de que los intereses por vencerse se capitalizarían, caso de no ser pagados a su vencimiento. Del propio modo que cesaban de correr en Roma los intereses cuando la acumulación de los que estaban atrasados se elevaba a una cifra igual a la del capital del préstamo. Sin embargo Cicerón, como Gobernador de la Provincia de Sicilia, permitió la estipulación de intereses de intereses, con tal de que se capitalizaran anualmente. En los tiempos modernos, la regla es que tampoco es legalmente válida la estipulación de intereses de intereses, pero hay casos en que la ley lo tolera y permite, como

pasa, por ejemplo, en el contrato de cuenta-corriente. [8]

DEL COMODATO

El comodato, *commodato,* que decían los romanos, era un contrato real, y unilateral, por el cual, uno de los contratantes, que se llamaba el comodante, le entregaba una cosa al otro, que se llamaba el comodatario, a fin de que se sirviera de ella gratuitamente, por cierto tiempo y para un uso determinado, con la obligación de restituirle la misma cosa recibida. [9]

Como contrato real que era, requeríase la entrega de la cosa para su perfeccionamiento, pero la simple promesa de comodato era válida, en el derecho romano, con tal de que fuera revestida con la forma de una estipulación. No fué uniforme el concepto del contrato que analizamos en todas las épocas de aquel derecho. En los primeros tiempos no podía versar sino sobre cosas muebles; más tarde, en el derecho clásico y después hasta el fin, se extendió a los inmuebles. Había, sí, un elemento esencial que permaneció invariable: la gratuidad, porque si había estipendio de por medio, el contrato era de arrendamiento o un contrato innominado, como pasaba a veces. Como era el uso de la cosa lo que se le trasmitía al comodatario, resul-

(8) Artículos 523 y 529 del Código de Comercio citado.

(9) Artículo 1.799, Código Civil citado.

taba que éste no podía hacerse dueño de la cosa, ni siquiera poseedor legítimo, en el concepto jurídico de la expresión: retenía la cosa, la tenía en su poder para servirse de ella, y nada más. [10] Consecuencia del mismo principio era que el comodante no tenía por qué ser propietario de la cosa: el usufructuario podía serlo. La extensión y duración del contrato eran fijadas por las partes; y caso de que no lo hicieran, prevalecía la manera como las había entendido el comodante. Otra consecuencia de que el comodatario no se hacía poseedor legítimo de la cosa era, que debía restituir no sólo la cosa misma que había recibido, sino también los frutos de esa misma cosa.

El comodatario, enteramente distinto del mutuatario, por lo mismo que no tenía sino el uso de la cosa, no podía consumirla, de donde deducían los romanos que las cosas que se consumían por el primer uso, y que si eran objeto del mutuo, no podían darse en comodato sino *ad pompam et ostentationem*, como ellos decían. Era también claramente entendido en el contrato, que cuando el comodatario les daba a las cosas un destino distinto del que debían tener por el contrato, decían los mismos romanos que el comodatario cometía un *furtum usus*.

(10) Artículo 1.801, Código Civil citado.

Ahora bien, por lo mismo que el contrato que examinamos era todo en interés del comodatario, la ley romana, en este punto, idéntica al criterio del legislador contemporáneo, le imponía la culpa levísima, de tal suerte que debía poner en la guarda de la cosa, no la vigilancia que el comodatario debía poner en la protección de sus propias cosas, sino la que correspondía poner a las personas tenidas por las más diligentes y cuidadosas. De aquí, pues, que hubiera sido el caso fortuito, lo único de que no respondía; pero si el comodatario le había dado a la cosa un uso distinto del previsto en el contrato, hasta del mismo caso fortuito respondía. [11] Si la cosa le había sido robada, respondía de ello a menos de que el robo hubiera sido hecho a mano armada, pues, en los demás casos, la responsabilidad, por tal hecho, se fundaba en una presunción *juris et de jure* de falta de diligencia y suficiente vigilancia de su parte. Consecuencia de esta responsabilidad era que la ley le permitía la *actio furti* contra el ladrón.

Hemos dicho que el contrato era unilateral, porque al quedar perfeccionado sólo nacía la acción llamada *actio commodati directae* contra el comodatario, por la cual el comodante le pedía la restitución de la cosa. Cuando el comodatario era incapaz y el con-

---

(11) Artículo 1.802, Código Civil citado.

trato podía ser anulado, el comodante tenía también la acción *ad exibendum,* y la reivindicatoria. Desde luego, que para poder ejercer su acción, el comodante tenía que haber dejado al comodatario el goce de la cosa objeto del contrato, y tenía que haber dejado discurrir el tiempo estipulado. Había una excepción, y era cuando el comodante tenía necesidad imperiosa e imprevista de la cosa que había prestado, en cuyo caso el Juez podía ordenar, anticipadamente, su entrega. [12]

Pertenecía el contrato en examen a la clasificación de los llamados sinalagmáticos imperfectos, porque aun cuando al celebrarse sólo había la obligación de restituir para el comodatario, y las demás que le imponía la ley, eventualmente podía el comodatario tener que reclamarle al comodante. [13] Así sucedía cuando había tenido que hacer un gasto extraordinario o necesario, que no eran consecuencia del goce que hacía de la cosa: los gastos, por ejemplo, que le había ocasionado la enfermedad del esclavo dado en comodato, lo cual no pasaba con los gastos de manutención que, como consecuenciales del aprovechamiento que hacía del esclavo, corrían por cuenta del comodatario. Había también lugar a una acción, del comodatario contra el comodante, cuando por culpa de éste le había

---

(12) Artículo 1.806, Código Civil citado.

(13) Artículo 1.807, Código Civil citado.

sobrevenido un perjuicio a él. [14] Había también lugar a la acción contraria a que venimos refiriéndonos, cuando obligado el comodatario a pagarle al comodante el valor de la cosa que se había perdido o extraviado, resultaba que más tarde hallaba el dueño su cosa, en cuyo caso, para que no hubiera enriquecimiento con perjuicio de otro, debía restituir la suma que había recibido.

Debemos decir, por último, que el derecho romano le daba al comodatario un derecho de retención sobre la cosa dada en comodato para asegurarse, con privilegio, el cumplimiento de estas obligaciones eventuales.

(14) Artículo 1.808, Código Civil citado.

## CAPITULO VIII

### CONTRATOS REALES.- (Continuación)

*Prenda.—Depósito*

#### DE LA PRENDA

La prenda era un contrato real, unilateral, por el cual el deudor, o bien un tercero, le entregaban al acreedor una cosa en garantía de un crédito, con la obligación, para el acreedor, de restituir la cosa recibida, una vez extinguida la obligación. [1]

Cuando la simple convención de un contrato, como el que analizamos, se hacía en Roma sin seguirlo de la tradición de la cosa, había un pacto de hipoteca, pero no un contrato de prenda. El contrato era de los llamados reales, porque lo perfeccionaba la entrega de la cosa; y era unilateral, porque al momento de celebrarse no nacía sino la obligación, para el acreedor, de guardar la cosa, poniendo en ello la vigilancia de

(1) Artículo 1.915, Código Civil citado.

un buen padre de familia. Extinguida la deuda, su obligación consistía en devolver la cosa recibida. [2] Esto último explica el por qué se calificaba también de accesorio el contrato de prenda, desde el momento en que su existencia estaba subordinada a la de un contrato principal. Si el acreedor prendario se servía de la cosa sin permiso o autorización del constituyente de la prenda, entonces respondía hasta por caso fortuito. El principio era que destinada la prenda a servir a los fines que hemos expuesto, el acreedor prendario no debía servirse de ella, por lo cual, al restituirla, debía hacerlo con todos los frutos naturales o civiles que hubiera producido. Es de advertir que el acreedor, en virtud de Rescriptos que databan del siglo III de Roma, podía estipular que se abonasen a su acreencia los frutos que la prenda producía. [3]

El constituyente de la prenda podía, por eventualidad, tener obligaciones que cumplir respecto del acreedor, como pasaba con los gastos que éste se veía obligado a hacer con motivo de aquélla, [4] o cuando había dado en prenda una cosa que no le pertenecía, o cuando la prenda carecía de las condiciones que debía tener para que el acreedor estuviera realmente garantizado.

---

(2) Mismo artículo anteriormente citado.

(3) Esto es obligatorio para el acreedor, según el artículo 1.923 del Código Civil citado.

(4) Artículo 1.922, Código Civil citado.

De aquí, pues, que a la acción directa que nacía del contrato, y que los romanos llamaban *pigneratitia,* se se le diera al acreedor prendario la acción *pigneratitia contraria,* para que alcanzase los mencionados fines. Debemos hacer notar que, al principio, el Edicto del Pretor le dió al deudor una acción *in factum,* para hacerse restituir su cosa dada en prenda, pero sujeta esta acción a las condiciones de que fuera de dinero la obligación garantizada: que el deudor hubiera pagado: que el pago no hubiera dependido de la voluntad de aquél: y por último, que el acreedor hubiera restituido la prenda. En la época clásica la acción *pigneratitia* contraria, que acaba de mencionarse, no tenía sanción, pero cuando el deudor ejercitaba la *actio in factum* pretoriana, el acreedor oponía entonces su derecho, en la forma de una reconvención o mutua petición. En la época de Justiniano el ejercicio de la acción *pigneratitia contraria* estaba fuera de toda duda.

Extinguida la obligación, el constituyente de la prenda tenía derecho a reclamarla, como ya dijimos, pero si el deudor no pagaba, el acreedor tenía el derecho de venderla y pagarse con su precio, restituyéndole al constituyente el remanente. A veces se estipulaba entre los contratantes, que caso de incumplimiento de la obligación, podía el acreedor hacer suya,

definitivamente, la prenda. Este pacto, llamado *comisorio,* fué prohibido por Constantino. En la época de Justiniano, el acreedor no podía vender la prenda sin haber antes notificado de esta decisión al deudor, y con todo tenía que aguardar dos años más para poderla vender válidamente. Cuando el contrato estipulaba que el acreedor no podía vender la prenda, bastaba que se hiciera por tres veces la requerida notificación; pero si el acreedor tenía expresamente tal derecho, pues podía vender sin tener que hacer participación ninguna al dudor. Sucedía, a veces, que sacada la prenda a remate no se presentaba postor solvente, *idoneus,* que decían los romanos, y en este caso el acreedor podía hacerse adjudicatorio de la prenda, pues el deudor tenía un año para ejercer un derecho de retracto que le reservaba la ley. Justiniano introdujo cierta alteración en este procedimiento que era el que se seguía antes de él, y ordenó que si después de una nueva intimación de pago al deudor éste no cumplía, podía el acreedor hacerse adjudicar la prenda por decreto del Príncipe, conservando, sin embargo, el deudor, derecho a rescatarla dentro de un plazo de dos años que se contaba a partir de la adjudicación. [5]

---

(5) Artículo 1.921, Código Civil citado. Este artículo dispone, expresamente, que el acreedor no podrá apropiarse la cosa recibida en prenda, ni disponer de ella, aunque así se hubiese estipulado, pero cuando haya llegado el tiempo en que deba pagársele, tendrá derecho a hacerla vender judicialmente, pudiendo ser admitido el acreedor a la licitación de la prenda que se remate.

Debemos decir, por último, que el acreedor pignoratitio tenía en Roma la acción interdictal. Hemos dicho que en el derecho romano la prenda podía recaer sobre una cosa mueble o inmueble, al paso que en el derecho contemporáneo el contrato de prenda no puede tener por objeto sino una cosa mueble, pues cuando la cosa es inmueble, el contrato se llama entonces de hipoteca. De aquí, pues, que debamos estudiar lo que entendía por hipoteca el derecho romano, y cómo evolucionó allí la teoría.

Los romanos, por mucho tiempo, le dieron preferencia al contrato de fianza como contrato accesorio, y fué más tarde cuando vinieron a practicar la enajenación fiduciaria, y el contrato de prenda que queda analizado. La enajenación fiduciaria, como lo está indicando su nombre, consistía en el transferimiento de la propiedad de una cosa, que el deudor le hacía a su acreedor, confiándose a la buena fe de éste que debía retransferirle esa cosa tan pronto como hubiera sido extinguida entre ellos la obligación principal. Desde luego que era plena para el acreedor la garantía recibida, pues entraba en posesión de la cosa en calidad de dueño. Lo mismo pasaba con la prenda por ser real el contrato como lo hemos visto. Ahora bien, sucedía que había casos en que la entrega de la prenda no era posible, como pasaba tratándose de arrendamiento de predios rústicos, cuando el colono o arrendatario no tenía otra garan-

tía que ofrecerle al acreedor sino las semillas que llevaba al fundo y los instrumentos de cultivo que empleaba en el mismo. Cuando el arrendatario afectaba estos objetos al cumplimiento de su obligación principal, sucedía que tal obligación accesoria era puramente moral, porque por lo mismo que no podía entregarle al acreedor dichas cosas por una razón obvia, el contrato de prenda, jurídicamente, no existía. De aquí nació la necesidad jurídica de darle al arrendador un derecho sobre esos objetos y esto fué lo que hizo el Pretor, permitiéndole a aquél que, por medio del interdicto Salviano, se pusiera en posesión de esos instrumentos para hacer efectivo el pago a que moralmente, como hemos dicho, estaba obligado el deudor. Este fué el primer paso. Hízosele luego extensivo a los casos de arrendamiento de predios urbanos, pero comoquiera que el arrendatario podía sacar esos objetos de los predios a que estaban destinados hasta llegar a traspasarlos a terceros, con lo cual quedaba burlado el derecho del acreedor, el derecho pretoriano dió un paso más avanzado en este asunto, y por medio de una acción que se llamaba Serviana, el acreedor rescataba las cosas que le estaban afectas, aun cuando estuvieran en poder de terceros. Quedó, pues, reconocido un derecho real de prenda en tales casos: una relación jurídica clara entre el acreedor y las cosas que el arrendatario había llevado al predio rústico o al

predio urbano arrendado, y este fué el origen de la hipoteca, porque generalizado el principio a todos los demás casos en que quedaban afectos ciertos bienes a la garantía de una deuda, sin que el acreedor entrase en propiedad o posesión de esas cosas, y creada una acción real para el objeto que se denominó *cuasi Serviana* o hipotecaria, nació desde entonces el contrato accesorio de hipoteca a la vida del derecho. Tenía el inconveniente este sistema hipotecario romano de ser oculto, y de consiguiente, poco seguro para el acreedor, sobre todo cuando se trataba de la hipoteca convencional, pues había casos en que emanaba de la ley, y en otros de una disposición del Juez, y de aquí las denominaciones de hipoteca legal e hipoteca judicial, que han pasado también al derecho contemporáneo. La hipoteca legal o tácita, que también así se llamaba, era general o especial. El Fisco, por ejemplo, tenía una hipoteca general sobre los bienes de los contribuyentes, respecto de los impuestos que éstos debían satisfacer, derecho éste que pesaba también a los mismos fines sobre los bienes de los encargados de dicha gestión: tenían igualmente hipoteca legal sobre los bienes de sus tutores y curadores, los pupilos, los menores de veinte y cinco años, y los locos; la tenía también el marido sobre los bienes de las personas que debían suministrar la dote, y la mujer a su vez, sobre los del marido para asegurarse su derecho a la restitución de

dicha dote: por último tenían hipoteca legal las Iglesias, y los establecimientos de Beneficencia sobre los bienes del enfiteuta, para asegurarse de la conservación del fundo enfiteútico.

Una hipoteca análoga especial acordaba el derecho romano al arrendador de los fundos rurales sobre las cosechas del mismo fundo para garantizarse el pago de los arrendamientos, y lo mismo el arrendador de un predio urbano respecto de los bienes que el arrendatario había llevado a él; tenía igual derecho el prestamista de un dinero empleado en la reconstrucción de una casa respecto de la casa y del suelo en que se la edificaba: pasaba otro tanto con el pupilo respecto de la cosa que había sido comprada con dinero suyo, pero en nombre de otro. Justiniano le acordó a la mujer hipoteca legal sobre la dote que le pertenecía en propiedad al marido o sobre los bienes que éste había adquirido con fondos dotales, e hizo otro tanto en favor del legatario respecto de los bienes que el heredero encargado de pagar ese legado había recibido del *de cujus,* bien que hasta concurrencia de la parte del legado que dicho heredero debía satisfacer, si tal era el caso.

Provenía la hipoteca judicial de dos fuentes: la una, cuando los acreedores de un deudor entraban en posesión de los bienes de éste por efecto de una cesión de bienes: la otra, cuando se ponía embargo sobre cier-

tos bienes del deudor para constreñirlo a cumplir su obligación, o por vía de ejecución después de la Constitución de Antonino el Piadoso.

Debemos hacer constar que el derecho romano tenía una noción amplísima respecto del objeto sobre el cual podía recaer la hipoteca, y de aquí que no sólo las cosas muebles como las inmuebles podían serlo, sino que hasta se la admitía respecto de las cosas incorporales, como sucedía con los créditos, el usufructo, las servidumbres rurales y las enfiteusis. Quedaban exceptuadas solamente las servidumbres urbanas, las cosas litigiosas, las dotales, o las que eran objeto de una donación *propter nuptias,* los bienes de los hijos de familia administrados por el padre, y los premios destinados a los atletas. [6] Ahora bien, para conocer el rango de las hipotecas, los romanos se atenían a la anterioridad de la fecha, en aplicación de la regla: *prior tempore, potior jure*, siempre que no se tratase de ciertas hipotecas que eran privilegiadas y que privaban sobre las otras aunque fueran posteriores en fecha. Tal era lo que pasaba con los impuestos fiscales, con el dinero que se prestaba para reconstruir o conservar la cosa hipotecada, y con los créditos dotales de la mujer en la época de Justiniano. En el curso del derecho romano fué reglamentada y precisada de

(6) Veamos amplios detalles en Bonjean. Traité des actions, Tomo II.

un todo la institución, hasta el derecho contemporáneo, que agregando a ella el sistema de la publicidad que hoy tiene, y el de las cédulas hipotecarias, complementó los dos últimos grados que le faltaba recorrer, para resultar una de las más importantes instituciones jurídicas. (7)

---

(7) El Código Civil citado hace una distinción entre la hipoteca, que es un derecho real constituído sobre los bienes del deudor o de un tercero, en beneficio de un acreedor para asegurar sobre estos bienes el cumplimiento de una obligación: (artículo 1.950 del Código citado), y el privilegio que es el derecho que concede la ley a un acreedor para que se le pague con preferencia a otros acreedores en consideración de la causa del crédito: (artículo 1.939, mismo Código). Son susceptibles de hipoteca: los bienes inmuebles y sus accesorios reputados como inmuebles; el usufructo de esos mismos bienes, excepción del usufructo legal de los ascendientes; y los derechos del concedente y del enfiteuta sobre los bienes enfiteúticos. El derecho hipotecario mismo puede también ser objeto de una hipoteca para seguridad de una deuda: (artículos 1.953 y 1.954, mismo Código). Los privilegios pueden ser sobre bienes muebles o inmuebles, según los casos. La hipoteca puede ser legal, judicial, o convencional: (artículo 1.955, mismo Código). Tienen hipoteca legal, el vendedor sobre los inmuebles vendidos para garantía del precio de la venta, siempre que en el instrumento de la enajenación conste la obligación; los coherederos, socios y demás copartícipes sobre los inmuebles de la sucesión, sociedad o comunidad para el pago de los saldos o vueltas con tal de que en el instrumento de adjudicación conste la obligación de las vueltas; los descendientes, sobre los inmuebles del ascendiente que administra sus bienes; el menor y el entredicho sobre los bienes del tutor; las personas jurídicas que no tienen la administración de sus bienes, sobre los inmuebles de los respectivos administradores; los hijos cuya madre contraiga segundas o ulteriores nupcias, sobre los inmuebles de la madre y sobre los que el nuevo marido tuviere el día del matrimonio, para responder de las obligaciones a que los sujeta la ley; la mujer, sobre los inmuebles del marido, por los bienes patrimoniales, cuando el marido es responsable de ellos; el legatario de género o cantidad, sobre los inmuebles de la herencia, y por último, el acreedor por materiales o servicios empleados en la edificación, reconstrucción o mejora de predios rústicos o urbanos, fábricas, oficinas o cualesquiera otras construcciones, sobre estos inmuebles: (artículo 1.956, mismo Código).

La hipoteca judicial la produce la sentencia ejecutoriada sobre los bienes del deudor hasta un valor doble del de la cosa o cantidad mandada a pagar; pero el acreedor favorecido por la sentencia debe designarle al Tribunal bienes especiales del deudor sobre los cuales pretenda establecer la hipoteca. Quedan excluídas las sentencias condenatorias relativas a una herencia yacente o aceptada a beneficio de inventario. Las sentencias arbitrales sí producen hipo-

teca judicial desde que han sido homologadas, o sea, desde que se hayan hecho ejecutorias por decreto de la autoridad judicial competente. Respecto de los fallos dictados por autoridades judiciales extranjeras, se requiere el pase de las nuestras para que puedan producir hipoteca judicial sobre bienes situados en la República: (artículo 1.958 a 1961, mismo Código).

La hipoteca convencional es la que constituye un deudor sobre bienes presentes, para garantizar el cumplimiento de una obligación, teniendo el acreedor hipotecario, por consiguiente, el derecho de trabar ejecución sobre la cosa hipotecada y hacerla rematar, aunque esté poseída por terceros: (artículos 1.962 y siguientes y 1.971, mismo Código). Es de advertir, que para que sea válida la hipoteca, debe ser registrada en la Oficina de Registro correspondiente a la ubicación del inmueble hipotecado y tener su puesto en la graduación desde ese momento del registro. La ley ordena que se graduarán según el orden en que sean registradas y se registrarán según el orden de su presentación: (artículos 1.968 y 1.969, mismo Código).

Respecto de los privilegios, gozan de él sobre todos los bienes muebles del deudor los créditos siguientes:

1º Por los gastos de justicia hechos en actos conservatorios o ejecutivos sobre muebles en interés común de los acreedores.

2º Por los gastos funerales del deudor y por los de su consorte e hijos sometidos a la patria potestad, si no tuvieran bienes propios y hasta donde sean proporcionados a las circunstancias del deudor.

3º Por los gastos de última enfermedad de las mismas personas y bajo la misma condición, causados en los tres meses últimos.

4º Por los salarios debidos a individuos del servicio doméstico de la familia en los últimos seis meses.

5º Por los suministros de alimentos al deudor y a su familia en los últimos seis meses.

6º Por los impuestos y contribuciones nacionales y municipales correspondientes al año corriente y al precedente. Recaudados estos impuestos y contribuciones, el privilegio se trasladará sobre los bienes de la persona encargada de recaudarlos o percibirlos. Queda excluído el privilegio respecto de las contribuciones e impuestos establecidos sobre los inmuebles.

Ahora bien, gozan de privilegio especial sobre los bienes muebles que respectivamente se designan: los créditos prendarios sobre los muebles dados en prenda que estén en poder del acreedor o del tercero escogido por las partes; los créditos por construcción, conservación y mejora de un objeto mueble sobre ese objeto, mientras está en poder del acreedor; las cantidades debidas por semillas o por los trabajos indispensables de cultivo y recolección sobre los respectivos fundos; los alquileres y rentas de bienes inmuebles, sobre los frutos cosechados en el año, sobre los productos que se encuentren en las habitaciones y edificios dependientes de los fundos rurales y provenientes de los mismos fundos, y sobre todo cuanto sirva para cultivar el predio arrendado o para proveerlo de lo necesario al uso o negocio a que esté destinado. Este privilegio es procedente por los arrendamientos devengados en los últimos dos años; por lo que corresponda al corriente y al siguiente, si el contrato tiene fecha cierta; y sólo por el año corriente y el siguiente, si no lo tiene. En estos dos casos los demás acreedores tienen derecho de subrogarse en los derechos del arrendatario, de subarren-

dar por la duración del término, por el cual el arrendador ejerce su privilegio, aunque el contrato no lo permita, y de exigir los alquileres y rentas, pagando al arrendador todo cuanto se le deba por privilegio, y dándole además seguridad por la parte de su crédito aun no vencido.

El mismo privilegio procede en favor del arrendador por los perjuicios causados en los edificios y fundos arrendados, por las reparaciones locativas, por la restitución de los objetos que haya entregado y por todo lo demás que concierna a la ejecución del arrendamiento.

El privilegio que aquí se concede al arrendador sobre los muebles de que esté provisto el predio, se extiende a los pertenecientes a los arrendatarios y sub-arrendatarios y también a los que sean de la propiedad de otras personas, mientras se encuentren en el predio arrendado; a menos que se trate de cosas robadas o perdidas, o que se pruebe que el arrendador sabía que pertenecían a terceros cuando se las introdujo.

El privilegio sobre los frutos procede aun cuando pertenezcan a un sub-arrendatario.

El privilegio sobre los objetos que sirven para proveer el inmueble arrendado, o para su explotación, si pertenecen al subarrendatario, es procedente por lo que éste debe, sin tener en cuenta sus pagos anticipados.

El arrendador puede hacer embargar los muebles afectos al privilegio, cuando del predio arrendado se los haya trasportado a otra parte sin su consentimiento; y conserva sobre ellos su privilegio con tal de que haya ejercido su acción en el término de cuarenta días, si se trata de muebles destinados a un predio rural, o en el de quince días, si se trata de los destinados a una casa alquilada, salvo, sin embargo, los derechos adquiridos por terceros, después del trasporte de estos muebles. Gozan también de privilegio los haberes de los posaderos por razón del hospedaje sobre los efectos del huésped existentes en la posada; los gastos de trasporte sobre los efectos trasportados que se encuentren en poder del conductor, o que él haya entregado, con tal de que en este último caso estén aún en manos de aquél a quien han sido remitidos, y que se ejerza la acción en los tres días siguientes a la entrega; los créditos por pensiones o rentas, sobre los frutos del fundo enfiteútico recogidos en el año y sobre los que se encuentran en las habitaciones y edificios dependientes del fundo y que provengan del mismo fundo, privilegio éste que procede por la acreencia del año corriente y la del precedente; las cantidades de que deben responder los empleados públicos por razón de su oficio sobre los sueldos que se les deban o sobre los valores dados en garantía; y por último, los sueldos de los dependientes de una casa de comercio o de cualquier establecimiento industrial que no pasen de un trimestre anterior al día de la quiebra o cesión de bienes o declaratoria del concurso, sobre los muebles que correspondan al establecimiento: (artículo 1.944, mismo Código).

Respecto de los privilegios sobre los inmuebles, lo tiene el crédito proveniente de los gastos hechos en beneficio común de los acreedores en su embargo, depósito o remate. Son igualmente privilegiados los créditos fiscales por contribución territorial del año corriente y del precedente, sobre los inmuebles que sean objeto de ella, por los derechos de registro de los instrumentos que versen sobre tales bienes, y por los derechos de sucesión que deban satisfacerse por la herencia en que están comprendidos los inmuebles. Este privilegio no podrá perjudicar los derechos reales de cualquier

## DEL DEPÓSITO

El depósito era un contrato real y unilateral por virtud del cual una de las partes que se llamaba depositante, le entregaba a otra que se llamaba depositario, una cosa, para que se la guardara gratuitamente, con la obligación de restituirla al primer requerimiento. [8]

El contrato era real, porque se perfeccionaba con la entrega de la cosa. La simple promesa de recibir una cosa en depósito no constituía el contrato en sí; pero era obligatoria, y producía los efectos legales del caso, cuando revestía las formas de la estipulación. A este elemento objetivo de la entrega de la cosa se unía, desde luego, el subjetivo de la intención que tenían ambos contratantes: en el depositante, que entregaba la cosa, para que le fuera guardada y estuviera a su orden al primer requerimiento: *custodia rei,* que decían los romanos, y en el depositario, que a este título de simple guardador la recibía y la mantendría en su poder. Podía suceder que el dueño de la cosa la hubiera entregado a otro para que éste, a su vez, la con-

---

género, adquiridos sobre el inmueble por terceros, antes del acto que haya originado el crédito fiscal, tampoco por lo que respecta al crédito por impuesto hereditario, en perjuicio de los acreedores que oportunamente hubieran obtenido el beneficio de separación de patrimonios. Percibido el impuesto el privilegio pasa sobre los bienes de la persona directa o indirectamente encargada de percibirlo: (artículos 1.947 y 1.948, mismo Código).

Debemos observar, por último, que los artículos 1.945 1.946 y 1.949 del mismo Código establecen el orden de todos estos privilegios.

(8) Artículo 1.825, Código Civil citado. Según este artículo el depósito es por naturaleza gratuito.

fiara a un tercero en calidad de depósito. Entonces el contrato era de mandato en Roma, pero no de depósito. Era unilateral el contrato, porque al ser entregada la cosa y quedar legalmente formado el contrato, no existía para el depositario sino la obligación de cuidar de la cosa objeto del contrato, y restituirla al exigírselo el depositante. Con posterioridad y eventualmente, podía suceder que nacieran obligaciones para el depositante también, como sucedía cuando el depositario se había visto obligado a hacer gastos en la conservación o custodia de la cosa depositada: gastos éstos que debía indemnizarle el constituyente del depósito. Esta obligación eventual para el depositante, hacía que el contrato se clasificara entre los llamados sinalagmáticos imperfectos. (9)

Hemos dicho también, que el servicio prestado por el depositario debía ser gratuito. Esto ha dado lugar, principalmente, en el derecho contemporáneo, a que los expositores discutan si el depósito es por esencia gratuito. En Roma, debía serlo, y si había estipendio, se consideraba entonces que el contrato era un arrendamiento de obra o un contrato innominado. Debemos advertir que en el derecho bizantino, el contrato de depósito, que había tenido por elementos característicos en el derecho clásico, primero, la necesidad

(9) Artículos 1.823, 1.848, Código Civil citado.

para el depositario de devolver idénticamente la cosa recibida, *eandem rem recipere,* según la expresión de Paulo, [10] y segundo, la gratuidad, sufrió algunos cambios, porque el fundamento de la obligación vino a ser la simple *datio* de la cosa depositada, y la gratuidad era un elemento que se apreciaba con arreglo a la intención que los contratantes habían tenido, pues había llegado hasta admitirse que apreciando esa intención, lo que aparentemente se entregaba a título de honorarios pudiera ser en su fondo y juridicamente una liberalidad. [11] Pero es evidente que, en el fondo, el depósito que no fuera gratuito no se concebía en el derecho romano, y que esa característica servía de elemento de diferenciación con otros contratos. Por ello cuando se concedía el permiso de usar de la cosa se estaba en presencia de un comodato y no de un depósito, [12] y cuando había estipendio de por medio, que no pudiera probarse plenamente que se daba a título de liberalidad, el contrato carecía de los elementos que debía tener el depósito, y se lo calificaba de arrendamiento o de contrato innominado cuando no era una retribución en dinero sino un hecho o la entrega de una cosa lo que el depositante pactaba con el depositario que

(10) Artículo 1.836, Código Civil citado.

(11) Véase en este punto y en los demás relacionados con el contrato en examen, el profundo estudio de Rotondi: "Contributi alla storia del contratto di depósito nell diritto romano", obra ya citada, tomo citado.

(12) Artículo 1.834, mismo Código.

haría en compensación del servicio que este último le prestaba.

Relacionado con este punto de la gratuidad, como elemento característico del depósito, estaba el de la estipulación de intereses. Hemos dicho que cuando al depositario se le concedía la facultad de usar de la cosa, el contrato perdía su naturaleza de depósito y se convertía en comodato. Del propio modo la estipulación de intereses tenía que transformar el depósito en un contrato de mutuo, pues al poder disponer el depositario del dinero, por ejemplo, que se había confiado a su custodia, era claro que su obligación no podía consistir en devolver idénticamente las especies depositadas, sino otras que equivalieran a éstas. [13] Y tal fué el criterio lógico del derecho clásico que Ulpiano expuso con absoluta claridad. Pero el punto ha dado lugar a las más encontradas opiniones, porque el derecho bizantino, como lo hemos sentado, le dió excesivo predominio al elemento intencional, y si se encontraba que la intención de las partes no había sido la de hacer un mutuo sino la de un depósito, se decía entonces que se estaba a presencia, no de un préstamo del que nacía la acción *condictio certae creditae pecuniae,* sino de un depósito irregular del cual se desprendía la *actio depositi.* Pero tal no fué el concepto del derecho clá-

(13) Mismo artículo anteriormente citado.

sico, repetimos, sino el del derecho de los últimos tiempos del Bajo Imperio, que interpoló los textos de aquél derecho. [14] Hemos dicho también que el depositario debía guardar la cosa depositada, para devolvérsela al depositante al éste exigírselo. De modo que el depositario no venía a ser sino un detentador precario de la cosa; en realidad lo que tenía era la tenencia material de la cosa, de la cual era el depositante el verdadero poseedor legítimo.

El depositario debía cuidar de la cosa y poner en ella la misma vigilancia que empleaba en la guarda de su propia cosa. Su responsabilidad, de consiguiente, no llegaba al límite de la que hemos visto que tenía el comodatario: el depositario respondía de su dolo, y de la culpa que los romanos asimilaban al dolo: respondía también de la culpa leve, pero si el depósito había sido constituído en su provecho, o si él se había ofrecido espontáneamente para depositario, entonces su responsabilidad se agravaba alcanzando hasta la culpa levísima. [15] Había una circunstancia en que hasta por el caso fortuito respondía, y era cuando extralimitando su obligación de guardador, se servía de la cosa y, arbitrariamente, o sea sin el consentimiento del depositante, la usaba.

---

(14) Véase Rotondi, estudio y tomo citados.

(15) Artículos 1.831 y 1.832, Código Civil citado.

Cumplida su misión de guardador de la cosa, debía restituir el depósito al ser requerido a ello por el depositante, con los frutos naturales y civiles que hubiera producido la cosa. [16] Podía suceder que se hubiera estipulado un término para la devolución: no importaba tal circunstancia, pues el depositante tenía derecho a la entrega de la cosa, en todo momento. [17] Este derecho estaba sancionado en Roma por la acción directa de depósito, *(actio depositi directa),* del propio modo que el depositario tenía para cuando fuera menester la acción contraria de depósito, *(actio depositi contraria),* para hacerla valer en los casos anteriormente señalados. En el derecho primitivo, el contrato no tenía sanción legal, pero el depositario infiel era considerado como ladrón y se le imponía la pena del duplo, por haberse alzado con el depósito. Este punto ha suscitado también discrepancias de opiniones entre los expositores, porque esta condenatoria *in duplum* de las Doce Tablas, de carácter penal, como queda expuesto, fué sustituída, más luego, por el derecho honorario, por una simple condenatoria *in simplum,* que ha sido lo que ha dado ocasión a las encontradas opiniones de los expositores, porque había casos

(16) Artículos 1.840 y 1.839, mismo Código.

(17) Artículo 1.846, mismo Código. El término según este artículo es obligatorio solamente para el depositario a menos que peligre la cosa depositada o que le cause perjuicio el depósito al depositario.

en que el derecho pretoriano aplicaba también la apuntada sanción del duplo del derecho decenviral. Lo que pasaba fué que cuando se trataba de un depósito corriente, el derecho pretoriano había derogado la sanción del duplo que traía el derecho civil, aun cuando hubiera habido culpa sólo de parte del depositario, pero cuando se trataba del caso especial de depósito necesario o *depositum miserabile,* que decían los romanos, que era, el que se hacía en los casos de incendios, tumulto, inundación y otras circunstancias análogas, en que no se era libre de escoger la persona del depositario, el derecho pretoriano había mantenido la sanción del derecho tradicional y aplicaba la sanción del duplo.

El contrato de depósito había venido atravesando, pues, una lenta transformación desde la época de las XII Tablas hasta la de Justiniano y en esta última, al lado del depósito necesario de que acabamos de hacer mención, existían el depósito irregular y el secuestro.

El depósito irregular era aquél de que eran objeto las cosas fungibles: el depositario no estaba en obligación de devolver, idénticamente, las cosas recibidas, sino que las sustituía, al devolverlas, por otras del mismo valor y equivalentes, como sucedía por ejemplo, con el dinero, y particular y señaladamente con los depósitos, también en metal, hechos en manos de los banqueros, *(argentarii),* que decían los romanos. La

situación en el hecho, del depositario en este caso, era análoga a la que tenía el mutuatario, pues para restituir cosas equivalentes a las recibidas, que podía consumirlas de un modo válido y legal, requeríase hacerse dueño de esas cosas. Pero jurídicamente la situación no era igual, porque los dos contratos tenían diferente naturaleza y se tenía en cuenta, como lo hemos apuntado, la intención de los contratantes. [18]

El secuestro era el depósito de una cosa litigiosa. Cuando dos o más personas litigaban sobre la propiedad o posesión de una cosa, o bien escogían de común acuerdo a un tercero que guardaba la cosa hasta que el litigio concluía, para llegado este caso entregar la cosa al litigante en cuyo favor se decidía el pleito; o bien, cuando era el mismo Tribunal que estaba encargado de decidir el proceso, el que hacía la elección del depositario, entonces a ese depósito se lo denominaba en Roma secuestro. [19] Diferenciábase esta clase de depósitos del que hemos visto que se denominaba voluntario, en que el secuestro podía tener por objeto una cosa inmueble; [20] en que el depositario podía tener la posesión jurídica de la cosa depositada, a que renunciaban los litigantes, para que no se cumpliese

(18) En el derecho venezolano el contrato no es de depósito como lo hemos visto, sino de mutuo o comodato según los casos.

(19) Artículos 1.855 y siguientes, Código Civil citado.

(20) Artículo 1.859, Código Civil citado.

en contra de ellos ninguna prescripción; y por último, en que el depositario no podía entregar la cosa antes de la época fijada para la solución del litigio. (21) Cuando esta clase de depositario recibía alguna remuneración por el depósito, éste cambiaba de naturaleza jurídica. En nuestro derecho, puede ser remunerado el secuestro y, sin embargo, conserva su carácter de depósito. (22) Ahora bien, en Roma, cuando el depositario recibía el encargo de vender la cosa y entregar el precio a alguno de los litigantes, se decía que había mandato y no depósito. (23)

---

(21) Artículo 1.860, mismo Código. Naturalmente queda exceptuado el caso del consentimiento de las partes o el de una causa que se juzgue legítima.

(22) Artículo 1.857, mismo Código.

(23) Los artículos 1.850 y siguientes del Código Civil citado tratan del depósito necesario cuya teoría es la misma que la del derecho romano en cuanto a las circunstancias en que se le hace y en cuanto a su naturaleza jurídica. Se rige en el derecho venezolano por las mismas reglas del depósito voluntario, salvo en cuanto a la prueba que puede hacerse con testigos. Se considera también depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las posadas, fondas o mesones donde se alojan, o en las naves y demás vehículos que los conducen. El viajero que lleva consigo efectos de gran valor, debe hacerlo saber al posadero o a los fondistas, mesoneros, patrones y conductores, y aun mostrárselos, si estas personas lo exigen, para que se emplee especial cuidado en su custodia: (artículo 1.854, mismo Código).

Nota.—Este depósito irregular es ocasionado a complicaciones en el derecho contemporáneo. Así, en nuestro derecho, no podría reivindicarse, en el caso de una quiebra, sino un depósito que fuera identificable, es decir, que por estar cerrado y sellado, no se hubiera confundido, en ninguna época, con lo que el fallido pueda haber tenido en su caja para el día de la quiebra. En Roma pasaba que cuando se depositaba dinero en poder de un banquero, bajo estipulación de intereses, el depositante perdía el privilegio que se le reconocía cuando el depositario no podía servirse de la cosa, sino guardarla únicamente para devolvérsela al depositante.

# CAPITULO IX

## CONTRATOS CONSENSUALES

### VENTA

El derecho romano denominaba contratos consensuales a aquellos que quedaban perfeccionados, no por el pronunciamiento de palabras sacramentales, como pasaba con la *stipulatio,* ni por la entrega del objeto del contrato, como sucedía con los reales, sino por el simple consentimiento de las partes. En esta categoría de contratos entraban cuatro que eran: la compra-venta, *(emptio-venditio);* el arrendamiento, *(locatio conductio);* la sociedad, *(societas),* y el mandato, *(mandatum).*

La venta era en Roma un contrato consensual, sinalagmático perfecto y de buena fe, por el cual una persona, llamada vendedor, *venditor,* se obligaba a que otra, llamada comprador, *emptor,* tuviera una cosa, mediante la entrega de cierta cantidad de dinero llamada precio, *pretium.*

Era consensual el contrato, porque así como en el mutuo, por ejemplo, no se consideraba que hubiera obligaciones antes de efectuar la entrega de la cosa, objeto del contrato, en la venta bastaba el simple consentimiento para que las hubiera. Pertenecía a la categoría de los llamados sinalagmáticos perfectos, porque desde que se celebraba, obligaciones nacían para ambas partes contratantes, al paso que en el contrato real, antes citado, al entregar la cosa sólo nacían obligaciones para el mutuatario; era, finalmente, de buena fe, porque las partes no estaban obligadas a cumplir, únicamente, las obligaciones que se habían impuesto, sino las que también establecían la ley y el uso. La venta en el derecho moderno tiene todavía un carácter más definido: su fin es exclusivamente que el vendedor le transfiera al comprador la propiedad sobre la cosa, por lo cual nuestro Derecho Civil la define: "un contrato por el cual uno se obliga a dar una cosa, y el otro a pagar el precio", dando a entender con el empleo del verbo dar, cuyo origen es el *dare* del derecho romano, que el vendedor le transfiere al comprador la propiedad de la cosa. (1)

El contrato de venta del derecho romano, tal como lo hemos definido, no fué el de los tiempos primitivos sino el contrato del derecho de gentes que llegó a pre-

(1) Artículo 1.513, Código Civil citado.

dominar y a incorporarse en el derecho civil. En los primitivos tiempos, la venta no era un contrato autónomo, pues se lo realizaba valiéndose de la *mancipatio* o de la tradición. El contrato era, pues, solemne cuando se empleaba la primera forma e intervenían los cinco testigos ciudadanos romanos, el *libripens* y el *emptor* que pronunciaban una fórmula sacramental; y no solemne, cuando se aplicaba la de la segunda, lo cual dependía, naturalmente, de ser *mancipi* o *nec mancipi,* la cosa que era objeto de la venta. El vendedor no se obligaba entonces a transferir precisamente la propiedad de la cosa sino la *vacua possessio,* es decir, los derechos que tuviera sobre la cosa: si era la propiedad quiritaria, pues esta propiedad; si tenía sólo la *in bonis,* pues esta *propietas* entregaba; si era simple poseedor, no entregaba sino la posesión. Pero estos modos o formas de efectuar la venta evolucionaron, y el contrato, de venta-enajenación que era, se transformó en venta-contrato, según la exacta expresión de May.

Los elementos esenciales de este contrato eran: el consentimiento, el precio y la cosa. (2) El primero se regía por los principios generales que le eran aplicables y que ya hemos analizado cuando examinamos la teoría de las obligaciones, siendo de advertir que al paso que en la estipulación el consentimiento debía

---

(2) Artículo 1.514, Código Civil citado.

ser dado entre presentes, en la venta podía prestárselo entre ausentes, por escrito o verbalmente, expresa o tácitamente.

El precio debía consistir en numerario: *numeratae pecunia*, y debía ser además serio, cierto y justo. La primera condición se cumplía cuando el comprador tenia la intención de pagarlo, y el vendedor la de exigirlo. Cuando esta intención faltaba no había venta sino una donación disimulada bajo la forma de un contrato oneroso. Se entendía por precio cierto, el que las partes fijaban en el momento de la venta. Podía fijarlo un tercero, pero se exigía entonces, que las partes hubiesen escogido a éste en dicho momento, aun cuando la fijación del precio la hiciera después este tercero. (3) Lo que no podía hacerse, sí, era que los contratantes eligiesen al tercero con posterioridad al momento en que se celebraba la venta. (4) En este caso se consideraba que el contrato no había podido válidamente formarse. El precio era justo, cuando la cosa era vendida por el que corrientemente tenía al hacerse el contrato. Antes de Diocleciano no se exigía

---

(3) Artículo 1.520, Código Civil citado.

(4) En esta parte el artículo que acaba de citarse sienta la regla de que también puede estipularse que la elección del tercero se haga con posterioridad por las partes, de común acuerdo, con tal de que quede estipulado en la convención el modo de nombrar el tercero a falta de acuerdo entre las partes; pero si el tercero escogido no quiere o no puede hacer la determinación del precio, la venta es nula. También puede convenirse en que el precio se fije con referencia al corriente en un mercado y en un dia determinado.

tal requisito, y las cosas que eran vendidas por menos de su justo precio quedaban válidamente vendidas; pero el citado Emperador, por medio de un Rescripto, ordenó que podía rescindirse la venta de las cosas vendidas por menos de la mitad del justo precio. Esta es la rescisión que se conoce con el nombre de por causa de lesión, aplicable solamente en nuestro derecho al caso de la partición de una herencia. [5] Consideraba el citado Emperador, que la persona que vendía una cosa, por menos de la mitad de su precio, daba su consentimiento bajo el imperio de una necesidad urgente que lo obligaba a prescindir de las condiciones onerosas que le imponía el comprador. May dice, razonadamente, que la rescisión por lesión estaba por lo tanto fundada en un vicio de consentimiento.

Dijimos que el contrato de venta era sinalagmático perfecto, porque desde el momento de su celebración nacían obligaciones tanto para el comprador como para el vendedor. La primera obligación que se imponía en Roma al vendedor, era la de entregar la cosa al comprador. [6] Se decía, igualmente, que debía

---

(5) Artículo 1.114, Código Civil citado. La rescisión, en este caso, procede cuando uno de los coherederos ha padecido lesión que exceda del cuarto de su parte en la partición.

Una vez el derecho venezolano admitió la rescisión por causa de lesión en el caso de la venta, pero limitada, únicamente, al caso de la venta bajo pacto de rescate. El actual Código no admitió este principio.

(6) Artículo 1.528, Código Civil citado.

abstenerse de todo dolo y que tal era otra de las obligaciones que se le imponían, pero en realidad dicha obligación era extensiva a todos los contratos de buena fe, y por consiguiente no puede decirse que era exclusiva de la venta. Desde luego que el jurisconsulto Paulo tenía razón en decir que el vendedor debía abstenerse de todo dolo, y entrar ésta entre sus obligaciones, pero debe saberse, como queda dicho, que la obligación era extensiva a otros contratos. El vendedor, pues, por consiguiente, respondía no sólo por su culpa grave, sino por negligencia e imprudencia, o sea la culpa leve. Si la cosa se perdía o se deterioraba por un motivo que le fuera imputable, le respondía al comprador de la pérdida o del deterioro sufridos. En cambio, si la cosa le era arrebatada por medio de la fuerza, o si perecía por caso fortuito, estaba exento de responsabilidad. Cuq dice que se exceptuaba el caso en que el vendedor se había obligado a la custodia de la cosa. Debemos, pues, examinar, sobre quién pesaban los riesgos en la venta. La teoría romana a este respecto hacía pesar los riesgos de la cosa sobre el comprador desde el instante mismo en que el contrato era concluído, aunque no se hubiera hecho tradición de la cosa. (7) De aquí las críticas que desde el punto de vista doctrinal, meramente, se le han hecho a aque-

---

(7) Artículo 1.514 del Código Civil citado.

lla teoría, porque en Roma el contrato venía a quedar perfeccionado con la tradición. Pero si se repara que la venta era un contrato consensual en que bastaba que hubiese habido acuerdo de voluntades sobre precio y cosa para que hubiera venta, aquella teoría era lógicamente jurídica y la vemos aplicarse sin reparo alguno en nuestros días. Los romanos, sin embargo, la atenuaban en la práctica. En las ventas hechas bajo condición suspensiva, por ejemplo, si la cosa perecía, era el vendedor quien soportaba la pérdida. No sucedía lo mismo si la cosa solamente se había deteriorado. Cuando se trataba de la venta de cosas fungibles, era preciso que se las contara, pesara o midiera, y era al quedar hechas estas operaciones cuando se consideraba que había venta, y por lo tanto que había riesgos para el comprador. (8) Una regla igualmente equitativa se aplicaba cuando la cosa vendida debía tomarse de un todo, masa o conjunto: en este caso, el comprador soportaba los riesgos después que la cosa le había sido entregada.

La segunda obligación que se le imponía al vendedor era la de responder por saneamiento, en el caso de evicción, o por los vicios o defectos ocultos que re-

(8) Artículo 1.516, Código Civil citado. Pero si al contrario, las mercancías se han vendido alzadamente o en globo, la venta queda perfecta inmediatamente, juzgándose que la venta se hace en dichas condiciones si se han vendido por un sólo precio, sin consideración al peso, al número, o a la medida; o cuando aunque se haya hecho mérito de ésto, ha sido únicamente para determinar el monto del precio: (artículo 1.517, mismo Código).

sultara tener la cosa. [9] En los tiempos primitivos, cuando la venta no había llegado a ser el contrato consensual del derecho de gentes que estamos examinando, sino un contrato que se confundía con la *mancipatio,* al ser la venta de cosas *mancipi,* y con la tradición cuando se vendían cosas *nec mancipi,* como lo hemos visto, el comprador que se veía demandado en juicio por un tercero que se creía con derecho a la reivindicación de la cosa, llamaba al vendedor a que prestase su *auctoritas,* y si sucumbía en el proceso, el vendedor estaba obligado a restituir el duplo del precio que había recibido. Cuando evolucionó la venta y se trasmitían las cosas *mancipi* sin las formalidades de la mancipación, se acostumbraba obligar al vendedor, por medio de una estipulación, a pagarle también al comprador, el duplo del precio recibido, en el caso de evicción. [10] Cuando la venta era de cosas *nec mancipi,* el vendedor prometía solamente indemnizar al comprador, y tal estipulación se la conocía con el nombre de *rem habere recte licere.* La situación del Juez era diversa cuando se trataba de la una o de la otra de las dichas estipulaciones. Por la primera averiguaba, únicamente, el precio de la venta y condenaba al vendedor a pagarle el duplo del precio al com-

---

(9) Artículos 1.528, citado y 1.545, mismo Código.

(10) Véanse autores citados, obras citadas.

prador que había padecido la evicción. Por la segunda, examinaba cuál era el precio de la cosa en el momento de la evicción, y era este precio el que debía restituir en primer término el vendedor, fuera mayor o menor del que había recibido por la venta. Era, sí, esencial que la evicción hubiera sido sufrida en juicio: que el despojo hubiera sido judicial, y que el comprador amenazado de padecerla hubiera citado de saneamiento al vendedor. [11] Si no lo hacía, y sucumbía en el litigio, no pesaba responsabilidad alguna sobre el vendedor. Se exceptuaba el caso, únicamente, en que el vendedor no comparecía al juicio por un hecho que le fuera imputable: si se hacía, por ejemplo, para eludir la citación. Las estipulaciones de saneamiento llegaron a ser de un uso tan frecuente, que fué luego obligatorio hacerlas, y cuando por error se estipulaba que el vendedor sólo devolvería el precio de la cosa, podía reclamar por medio de la acción *empti* la diferencia hasta el duplo. Debe, sí, tenerse en cuenta que era sólo en la venta de objetos de valor en las que el vendedor se obligaba por el duplo si había evicción, pues en los demás casos la obligación que se le imponía era la que examinamos cuando mencionamos la estipulación *rem habere recte licere*. La teoría del saneamiento siguió evolucionando con el tiempo, y de

(11) Estas tres condiciones han pasado a la doctrina del derecho venezolano en materia de saneamiento.

obligatorio que era, llegó a convertise en un elemento natural del contrato, y así ha pasado al derecho moderno. [12] De aquí que pudiera excluírsela, pero se la aplicaba, sin embargo, en el caso en que había habido dolo de parte del vendedor. [13] Hay, sin embargo, una diferencia entre la venta del derecho romano y la venta en el derecho de nuestros días, en este caso de la evicción, y es que en éste siempre debe devolver el vendedor, en primer término, el precio que recibió, [14] al paso que en Roma devolvía el que la cosa tenía el día en que se padecía la evicción. La evicción podía ser total o parcial. Finalmente, el comprador podía verse despojado, no ya de la totalidad de la cosa, sino del usufructo, por ejemplo: podía, además, encontrarse que sobre la cosa vendida pesaba una servidumbre predial. Sucedía entonces que en el primer caso solía estipular el comprador del vendedor una disminución en el precio, pero en el caso de la servidumbre predial, era preciso que la cosa hubiera sido vendida libre

(12) Artículo 1.546, Código Civil citado.

(13) Aunque se haya estipulado que el vendedor no queda obligado al saneamiento, en caso de evicción deberá restituir el precio, a menos que el comprador hubiese tenido conocimiento del riesgo de la evicción en el momento de la venta, o que haya comprado a todo riesgo: (artículo 1.549, Código Civil citado).

(14) Artículo 1.550, Código Civil citado.—Debe además de la restitución del precio, la de los frutos, cuando está obligado a restituirlos al propietario que ha reivindicado la cosa; las costas del pleito que haya causado la evicción y las del que hubiese seguido con el vendedor para el saneamiento en lo conducente; y los daños y perjuicios, y los gastos y costas del contrato.

de gravamen, *uti, optimus, máximus.* Si no había sido así, el comprador no tenía acción contra el vendedor. [15]

El vendedor debía también responder por los vicios redhibitorios. [16] Eran éstos los que hacían la cosa impropia para el uso a que estaba destinada con tal, sin embargo, de que los vicios hubieran sido anteriores a la venta, no insignificantes y ocultos, pues si el comprador podía haber caído en la cuenta de que la cosa los tenía, es evidente que este descuido o negligencia no le podía ser imputable al vendedor. [17] Este saneamiento traía su origen del Edicto de los Ediles en materia de venta de esclavos y de animales, y eran dos las acciones del Edicto: la redhibitoria, que era una acción resolutoria del contrato, y la *cuanti minoris,* o estimatoria, que servía para pedir una reducción en el precio de la venta. [18] La jurisprudencia hizo extensivos los principios del Edicto a toda clase de venta. Ya la ley de las XII Tablas había impuesto la pena del duplo cuando la cabida de un fundo resulta-

---

(15) Si el fundo vendido está gravado con servidumbres no aparentes que no se hayan declarado en el contrato y que sean de tal importancia que se presume que si el comprador las hubiera conocido no habría comprado el fundo, el comprador puede pedir la resolución del contrato a menos que prefiera una indemnización: (artículo 1.557, Código Civil citado).

(16) Artículos 1.561 y siguientes, Código Civil citado.

(17) Artículos 1.561 citado y 1.562, mismo Código.

(18) Artículo 1.564, Código Civil citado.

ba menor de la que había dicho el vendedor que tenía, y cuando éste mismo había incurrido en reticencias fraudulentas o en falsas declaraciones, la jurisprudencia, inspirándose en el espíritu del mismo Edicto, hacía responsable al vendedor. [19] La acción redhibitoria tenía todos los efectos de una *restitutio in integrum*, pues al quedar resuelto el contrato, el comprador devolvía la cosa con sus frutos y accesorios y respondía hasta por el deterioro que hubiera padecido. En cambio, el vendedor devolvía el precio y le pagaba al comprador no sólo los intereses de este precio, sino los gastos hechos con motivo de la cosa. Duraba seis meses esta acción, y un año la estimatoria o *cuanti minoris*, que se contaban desde que se había descubierto el vicio. La diferencia entre el derecho romano y el patrio es que éste da en estos casos, un plazo que se cuenta desde el día en que se hace la tradición de la cosa. [20]

---

(19) El artículo 1.538 del Código Civil citado dispone que el vendedor está obligado a entregar la cosa en toda la cantidad expresada en el contrato, salvo cuando la venta de un inmueble se ha hecho con expresión de su cabida, a razón de tanto por medida, en cuyo caso el vendedor está obligado a entregar al comprador que lo exija, la cantidad expresada en el contrato, y cuando ésto no sea posible, o el comprador no lo exija, el vendedor estará obligado a sufrir una disminución proporcional en el precio. Si se encuentra que la cabida del inmueble es superior a la expresada en el contrato, el comprador debe pagar la diferencia del precio; pero puede desistir del contrato, si el excedente del precio pasa de la veintava parte de la cantidad declarada.

(20) Artículo 1.568, Código Civil citado. Según este artículo el término es de un año si se trata de inmuebles; de cuarenta días si se trata de animales; y de tres meses si se trata de otras cosas muebles. La acción redhibitoria en la venta de animales, no es procedente sino por los vicios determinados por la ley o por los usos locales, y no se da, en ningún caso, cuando la cosa ha sido adquirida en remates judiciales.

Entre las obligaciones que este contrato imponía al comprador era la primera la de pagar el precio estipulado. [21] La ley de las Doce Tablas disponía que si el precio no se había entregado, podía el vendedor reivindicar su cosa, de lo que resultaba que la falta de la entrega del precio no podía invocarla el vendedor para negarse a entregar la cosa. Más tarde se le dió al vendedor el derecho de retener la cosa simplemente, y ésto obligaba a que fuera simultánea su entrega y la del precio. Bajo el régimen de las XII Tablas, cuando la venta se hacía a término, perdía el vendedor todo derecho a la reivindicación de su cosa, porque se presumía que al obrar así, se había confiado a la buena fe del comprador. En tal caso sólo tenía el vendedor una acción personal contra el comprador. Ahora bien, cuando la venta se hacía bajo condición resolutoria era interesante saber, como lo nota Cuq, si era personal o real el derecho del vendedor. Es evidente que los romanos, hasta la época del derecho clásico mismo, vieron con desconfianza el pacto resolutorio en este contrato. Dadas las ideas que ellos tenían sobre la propiedad, juzgaban que semejante pacto era contrario a derecho, y por tal se lo tuvo mucho tiempo. Fué bajo Justiniano cuando el pacto resolutorio vino a tener indiscutiblemente un efecto real, pues es opi-

(21) Artículo 1.569, Código Civil citado.

nable al menos que en el derecho clásico se le hubiese reconocido en todos los casos tales efectos. La resolución de la venta se presentaba en Roma bajo distintas formas; el pacto *displicentiae;* el llamado de *retrovendendo;* el *in diem addictio;* y la *lex commisoria.* El primero era creado en interés del comprador: éste se reservaba el derecho de resolver el contrato si dentro de cierto lapso, que se estipulaba, encontraba que la cosa no le agradaba. El segundo, era la simple venta a retracto del derecho moderno, [22] llamada impropiamente retroventa en el lenguaje corriente de nuestros días, pero que allí en Roma tenía hasta cierto modo razón de llamarse *pacto de retrovendendo,* por-

---

(22) Artículo 1.576, Código Civil citado. Según este artículo es nula la obligación de rescatar que se imponga al vendedor. Dispone igualmente la ley, que el derecho de retracto no puede estipularse por un plazo que exceda de cinco años: que cuando se haya estipulado un tiempo más largo se lo reducirá a dichos cinco años: que la acción para ejercer el derecho de retracto se prescribe por el término de cinco años, contados desde la fecha del contrato. Estas disposiciones no impiden que puedan estipularse nuevas prórrogas para ejercer el derecho de rescate, aun cuando el plazo fijado y esas prórrogas lleguen a exceder de cinco años: (artículo 1.577, mismo Código).

Al lado de este retracto convencional, la ley venezolana reglamenta el retracto legal que es el derecho de subrogarse en lugar de quien adquiere una cosa por compra o dación en pago y con las mismas condiciones estipuladas en el contrato. Este derecho le pertenece al copropietario de una cosa común, caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos. También les corresponde a los propietarios de las tierras colindantes no separadas por barrancos, arroyos, acequias, caminos u otras servidumbres aparentes en provecho de otras fincas, cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de una hectárea: (artículos 1.590 y 1.591, mismo Código).

La ley les impone al vendedor y al comprador el deber de darles aviso del contrato al copropietario y al colindante en sus casos, y el retrayente tiene un plazo de nueve días para ejercer su derecho. Si no se le diere aviso, el plazo se contará desde que haya tenido conocimiento de la venta. Es de advertir que el retracto de comuneros excluye el de colindantes: (artículo 1.592, mismo Código).

que recordaba lo que justamente hemos apuntado de no haber sido real siempre el efecto del pacto resolutorio en la venta: si el comprador se obligaba a retrovender, es decir a vender otra vez, era porque su obligación se consideraba en cierto modo personal, es decir, que el cumplimiento de la condición resolutoria no resolvía de pleno derecho el contrato. El pacto *in diem adictio* se estipulaba en favor del vendedor, y por él se reservaba éste resolver el contrato, si dentro de cierto plazo encontraba un comprador que le ofreciese mayor precio. Finalmente, la *lex comissoria* permitía la resolución del contrato cuando pasado cierto plazo no pagaba el precio el comprador. Debemos advertir que en nuestros días este pacto va implícito en todo contrato bilateral, para el caso que uno de los contratantes no cumpla con las obligaciones que se impuso. [23] Los pactos a que acabamos de referirnos no tuvieron en todas las épocas del derecho romano el carácter de resolutorios, sino que a veces se los consideraba puramente suspensivos. Fué el *in diem adictio*, el primero al que se le dió el carácter de tal, como sucedía con el *displicentiae*, y este carácter pasó luego a los otros.

Para completar estas nociones acerca de la venta bastará agregar que, bajo Justiniano, para el caso en

(23) Artículo 1.231, ya anteriormente citado del Código Civil.

que la intención de las partes hubiera sido la de que la venta constase por escrito, se dispuso que del registro del documento ante los *Tabularii,* (especie de Escribanos Públicos o Registradores), dependería la formación del contrato. Debemos guardarnos de confundir esta prescripción con el contrato escrito: ya era secular para la época de Justiniano la desaparición en Roma de la costumbre de tener su *codex* el *pater familias,* y no quedaban otras trazas de contratos *litteris* que las que expusimos en el lugar correspondiente. La disposición de Justiniano desvirtuó, sí, el contrato de venta, porque desde que había consentimiento debía haber habido venta. En el derecho moderno el efecto del registro es muy distinto: se protocoliza el documento de venta para que produzca efectos respecto de terceros.

Había en Roma la práctica de dar arras en la venta: consistían éstas generalmente en cierta cantidad de dinero que en la mayoría de los casos entregaba el comprador. Las arras eran al principio, como se recordará, un medio de obtener la prueba del contrato, pero más tarde llegaron a constituir ni más ni menos que una cláusula penal. Si el comprador desistía del contrato, perdía las arras que había dado: si desistía el vendedor, devolvía las que había recibido del presunto comprador, y perdía además las que a él le tocaba dar: de aquí que se dijera que el vendedor estaba obligado a devolver el doble de las arras. Tales

eran, en síntesis, los principios por los que se regía en Roma el contrato de compra-venta, llamado *emptio-venditio*. De él nacían dos acciones: la acción *empti* que le pertenecía al comprador para exigir el cumplimiento de las obligaciones que le incumbían al vendedor, y la acción *venditi* que le pertenecía a éste contra aquél. [24]

(24) Estas mismas acciones han pasado al derecho venezolano.

# CAPITULO X

## CONTRATOS CONSENSUALES.- (Continuación)

### ARRENDAMIENTO

El arrendamiento era un contrato consensual, bilateral y de buena fe, por el cual una persona, que los romanos llamaban *locator*, se obligaba a procurarle a otra, que se llamaba *conductor*, el uso o el goce temporal de una cosa, o a prestarle un servicio o una obra, mediante el pago de un precio.[1] Era consensual el contrato, porque bastaba, para su perfeccionamiento, que hubiera habido acuerdo de voluntades sobre el precio y el objeto. Era bilateral, y de buena fe, porque desde el momento de su celebración nacían obligaciones para ambas partes contratantes, y porque éstas, además de las obligaciones que se habían impuesto en el contrato, estaban ligadas por los usos locales y por los principios de la equidad.

Como se ve, la definición que antecede del contrato que nos ocupa, tiene grande analogía con la de la compra venta, lo que explica el que Gayo y Labeón

---

(1) Artículos 1.622, 1.623 y 1.624 del Código Civil citado.

hubieran considerado al arrendamiento como una venta, ya del uso de una cosa, ya del servicio que se prestaba.

El arrendamiento exigía los mismos requisitos que hemos examinado al estudiar la venta, a saber: consentimiento, precio y cosa. Esta podía ser corporal o incorporal, o bien consistir en un hecho, un servicio o una obra, que se prometía prestar. De aquí que el arrendamiento se hubiera dividido en Roma en: arrendamiento de cosas: *locatio conductio rerum*, que ha pasado al derecho patrio, y en *locatio operis faciendi*, (el compromiso por ejemplo, de construir una casa, o de trasportar una mercancía), y *locatio conductio operarum*, (la prestación de un servicio), que también han pasado a nuestro derecho bajo la denominación genérica de arrendamiento de obra. [2]

El precio debía ser como en la venta, serio y cierto; debía consistir también, en una cantidad de dinero, pero no se exigía que fuese justo, lo cual está indicando que el arrendamiento no era rescindible por causa de lesión. Había un caso en que el precio del arrendamiento consistía en una parte de los frutos de la cosa: tal era el caso del colono aparcero; pero algunos jurisconsultos, entre otros Gayo, consideraban que en

(2) Mismos artículos.

este caso había más bien un contrato de sociedad que de arrendamiento propiamente dicho. Para indicar generalmente el precio en este contrato de arrendamiento, se valían los romanos de la expresión *merces;* pero había también otras que dependían de las ventajas del arrendamiento como pasaba con las expresiones: *reditus, pensio, manupretio,* según los casos. Algunas de estas expresiones son corrientes en el lenguaje jurídico de nuestros días, y así al hablar del precio del arrendamiento de una cosa, se dice: pensión de arrendamiento, y mano de obra en el arrendamiento de industria. [3]

Los efectos del contrato eran distintos, según se tratase del arrendamiento de cosas o del de obras. En el primero, la obligación que se imponía en primer lugar al *locador* era la de entregar la cosa al conductor; [4] en nuestros días decimos: arrendador en vez de locador y arrendatario en vez de conductor. Decimos también inquilino, cuando se trata del arrendamiento de una casa, para designar con tal nombre al conductor; pero la expresión es del todo romana: allí se le llamó *inquilinus,* del propio modo que al arrendatario de un fundo rural se le denominó colono. En Roma el locador le hacía al conductor tradición de

(3) Artículos 1.636 y 1.693, Código Civil citado.

(4) Artículo 1.629, Código Civil citado.

la cosa para que usara de ella y percibiera sus frutos. El arrendatario podía subarrendar la cosa, y recibir, por consiguiente, sus frutos, lo cual llegó a ser un elemento natural del contrato, como pasa en nuestro derecho. [5]

La entrega de la cosa no le daba al arrendatario la posesión jurídica sino la simple tenencia: el arrendatario, en realidad, poseía en nombre del arrendador y tenía, por consiguiente, una posesión precaria. Si alguien lo despojaba de la cosa o lo perturbaba en su goce, no tenía las acciones interdictales que hubiera tenido contra el despojador o perturbador si hubiera sido poseedor legítimo: su obligación se limitaba únicamente a dirigirse al arrendador para que éste lo mantuviera en el goce pacífico de la cosa. Cuando se trata de perturbaciones de mero hecho, el derecho moderno le concede al arrendatario una acción directa contra el perturbador; pero en los demás casos, sigue prevaleciendo la tradición romana. [6]

La segunda obligación que tenía el conductor era la de garantizar al locador el libre uso de la cosa durante el contrato. [7] De aquí que si la cosa tenía algún vicio que impidiera o disminuyera el goce de ella al

(5) Artículo 1.627, Código Civil citado. Es de observar que si hay convenio en contrario el arrendatario no puede subarrendar.

(6) Artículo 1.635, Código Civil citado.

(7) Artículo 1.629, ya citado.

conductor, debía responderle a éste por aquel vicio. [8] De aquí también que el locador debía entregar la cosa hechas todas las reparaciones necesarias para que pudiera servirse de ella el conductor manteniendo esa cosa en buen estado, durante el contrato. [9] El derecho moderno le impone al arrendador la obligación de hacer las reparaciones llamadas mayores dejando al arrendatario la de efectuar las llamadas menores o locativas: estas últimas son generalmente las que ocasiona el uso mismo de la cosa, por parte del inquilino o locatario. [10] El pago de los impuestos prediales corría por cuenta del mismo locador, quien debía reembolsarle al conductor lo que éste hubiese pagado por tal respecto, al igual de lo que hubiera erogado por concepto de reparaciones necesarias y útiles exigidas por la cosa. Si ésta se deterioraba por caso fortuito, el conductor estaba obligado a pagar, únicamente, el precio o pensión equivalente al uso o al goce que le proporcionaba la cosa, [11]

El arrendatario debía pagar el precio del arrendamiento y conservar la cosa como un buen padre de

---

(8) Artículo 1.631, Código Civil citado.

(9) Artículo 1.630, Código Civil citado.

(10) Artículo 1.630 ya citado, único aparte.

(11) Artículo 1.632, Código Civil citado. En caso de destrucción parcial de la cosa, el arrendatario puede también pedir la resolución del contrato. No hay lugar a indemnizaciones si la cosa perece o se deteriora total o parcialmente por caso fortuito.

familia, dándole el uso para que se la destinaba. [12] En este punto respondía por toda clase de culpa. Cumplido el arrendamiento, debía devolver la cosa en el estado en que la había recibido, salvo, naturalmente, el deterioro derivado de vetustez o fuerza mayor. [13]

Si el arrendatario se negaba a entregar la cosa, se podía proceder contra él, por medio del interdicto *unde vi.* La ley, naturalmente, le daba al locador una prenda tácita sobre las cosas que el arrendatario había llevado al fundo arrendado, como lo hemos visto al estudiar el contrato de prenda y el de hipoteca. [14]

El arrendamiento terminaba por la expiración del plazo porque había sido celebrado, que era el caso general, [15] pero bien podía suceder que terminado este lapso continuara el arrendatario usando la cosa, sin oposición del locador. Entonces entendíase, en la época del Bajo Imperio, que había habido una *reconductio tacita,* tácita reconducción que decimos en nuestros días, en virtud de la cual el arrendatario seguía pagándole al locador la misma pensión de arrendamiento que venía pagando, pero en cuanto al término de la renovación del contrato había que distin-

(12) Artículo 1.636, Código Civil citado.

(13) Artículo 1.638, Código Civil citado.

(14) Igual en el derecho venezolano.

(15) Artículo 1.644, Código Civil citado.

guir: el tiempo por el que generalmente se arrendaba en Roma, era un año para las casas, y cinco años para los fundos agrícolas o rurales: la tácita reconducción para estos últimos, era de un año o sea el tiempo preciso para la recolección de la cosecha; pero respecto de las casas había que tener en cuenta si habían sido arrendadas sin tiempo determinado, en cuyo caso el locador podía hacerlas desocupar cuando lo deseaba. Pero si se había estipulado un tiempo fijo en el contrato, se aplicaba a la tácita reconducción, el mismo lapso de un año que había para los inmuebles, lo que equivalía a estar a los usos locales. La misma regla se sigue en nuestro derecho, pero como nuestros usos locales son distintos, la tácita reconducción en materia de casas, es sólo por un mes. [16]

Fuera de la primera causal, que queda analizada, el arrendamiento terminaba en Roma por la destrucción o perecimiento de la cosa arrendada; [17] por no haber pagado el arrendatario durante dos años consecutivos, las pensiones de arrendamiento; cuando el arrendatario hacía un uso indebido de la cosa; [18] cuando ésta requería una reparación urgente que hacía incompatible tal necesidad con el uso de ella por

---

(16) Artículo 1.645, Código Civil citado.

(17) Artículo 1.632 ya citado.

(18) Artículo 1.637, mismo Código.

el arrendatario; [19] y, por último, cuando en un arrendamiento de casa, el propietario arrendador tenía urgente necesidad de habitarla. Esta regla ha sido derogada en nuestro derecho, y para que tenga aplicación, se requiere estipulación expresa. [20] Terminaba también en Roma el arrendamiento, en favor del locatario, cuando algún defecto de la casa hacía imposible su uso, o bien cuando éste se encontraba limitado o se dificultaba; cuando el locador dilataba la entrega de la cosa, y cuando existía, por último, fundado temor de un peligro que le ofrecía aquélla.

Para el arrendamiento de obras, *locatio-conductio* y *locatio-conductio operarum,* se exigía que el hecho, objeto del contrato, fuera lícito, estimable en dinero y mercenario: de aquí que los romanos no consideraron que el ejercicio de una profesión liberal constituyera un contrato de arrendamiento. Los servicios que prestaba en Roma el agrimensor, el profesor, el músico o el abogado, no eran calificados de arrendamiento: decían los romanos que en estos casos no se recibía *merces,* sino *honorarium.* Tal es el origen de la expresión moderna, honorarios, pero en nuestros días, y la afirmativa se sostenía también en Roma, el ejercicio

---

(19) Artículo 1.634, Código Civil citado, último aparte. Si la reparación dura hasta veinte días y es urgente, el inquilino está obligado a tolerarla; si dura más puede aspirar a que se le disminuya el precio de arrendamiento.

(20) Artículo 1.665, Código Civil citado.

de una profesión liberal, constituye, más bien, un contrato de mandato. Se exigía también en Roma, que el servicio que prestara una persona no fuera perpetuo, como decía Papiniano. La razón estaba en que esto podía verse como una enajenación de la libertad, que no podía sobrevenir sino por las causales que establecía el Derecho . [21] Es de observar ante todo, en esta clase de arrendamiento, que el que prestaba el servicio era el arrendador y quien lo recibía, el locatario. La razón estaba en que era siempre el que contrataba los servicios de otra persona o la obra que otro ejecutaba, quien se aprovechaba del servicio prestado o de la obra ejecutada.

La primera obligación que se imponía al locador, en esta clase de arrendamiento, ya fuera que se hubiere comprometido a prestar sus servicios por un jornal, ya que el compromiso hubiera sido ejecutar la obra por un precio fijo, que es lo que se llama a destajo, era la de entregar la cosa concluída para la época fijada en el contrato. El servicio debía ser prestado personalmente, y tal era, en principio la regla que regía en esta clase de arrendamiento y que ha pa-

---

(21) El artículo 1.679 del Código Civil citado dispone que los servicios de una persona como dependiente de otra no pueden arrendarse sino por tiempo fijo o para una obra determinada. Dispone, igualmente, que el obrero o jornalero no puede arrendar su trabajo por un tiempo que exceda de seis meses. El exceso de lo que se le pagare adelantado por jornales, sobre lo correspondiente a dichos seis meses, no está sujeto a repetición.

sado a nuestro derecho. [22] En este caso si el locador no cumplía la obligación personalmente, debía daños y perjuicios, si había habido dolo o culpa de su parte. Si se trataba de un caso fortuito, no estaba obligado a indemnización alguna, pero no tenía derecho a que se le pagara íntegramente el precio estipulado, sino en proporción a la prestación ejecutada. Había casos en que el contrato era celebrado *intuitu personae,* y entonces no se podía sustituir a otra persona en la obligación contraída de ejecutar la obra.

El empresario, que así también se llamaba al locador en esta clase de arrendamiento, no respondía ni del caso fortuito ni de la fuerza mayor, pero sí, de toda clase de culpa. La ley romana presumía que el daño sobrevenido a la cosa antes de haberla recibido el dueño, era imputable al empresario. [23]

Este contrato terminaba por la ejecución del trabajo o del servicio prestado; también terminaba por la muerte del obrero y por la del empresario cuando se había tenido en cuenta su habilidad personal, [24] Finalmente, terminaba el arrendamiento a que venimos refiriéndonos, por la expiración del lapso estipulado para el servicio.

---

(22) Artículo 1.700, Código Civil citado.

(23) Artículo 1.694, Código Civil citado.

(24) Artículo 1.700 anteriormente citado. Este artículo presume siempre la habilidad personal del obrero, del arquitecto o del empresario de la obra.

Para completar estas nociones, agregaremos que, según lo vimos al analizar los principios que rigen la propiedad en Roma, los Municipios no podían explotar por sí mismos las tierras que les pertenecían, como sí podía hacerlo el Estado con las del *ager publicus*. De aquí que las concediesen *in perpetuum*, como ellos solían decir, a perpetuidad, mediante el pago de un canon que se llamaba *vectigal*. Discutíase en Roma, pues, si se trataba de una venta o de un contrato de arrendamiento en este caso de la enfiteusis, que era el nombre que se le daba a la referida concesión a perpetuidad. Zenón decidió—y su opinión prevaleció en definitiva—que la enfiteusis no podía ser calificada ni de venta ni de arrendamiento, sino que constituía un contrato aparte, cuyos efectos no determinó aquel Emperador, y con este carácter de contrato autónomo pasó al derecho moderno. [25] En Roma, sin embargo, por analogía con el arrendamiento, se consideraba que si pasaban tres años sin pagar el enfiteuta el canon estipulado, el señor directo o concedente podía privarlo del fundo enfiteútico. [26]

(25) Artículo 1.608 y siguientes, Código Civil citado.

(26) El artículo 1.619 del mismo Código estatuye que el concedente puede pedir la entrega del fundo enfiteútico cuando el enfiteuta no prefiere rescatarlo en los términos del artículo 1.618: 1º, si después de interpelado no ha pagado el enfiteuta la pensión por dos años consecutivos: y 2º, si el enfiteuta deteriora el fundo o no cumple con la obligación de mejorarlo.

Del contrato de arrendamiento, finalmente, nacían dos acciones: la *actio locati* que le servía al locador contra el arrendatario en todos los casos en que a éste podía obligárselo a cumplir las obligaciones que le imponía el contrato, y la *actio conducti* que podía emplear, a su vez, el conductor contra el arrendador para compelerlo al cumplimiento de sus obligaciones. Estas mismas acciones encontraban su aplicación en Roma, en los casos que el lenguaje del derecho marítimo denomina: avería simple, echazón y avería gruesa, que ocurrían cuando en los casos de fortuna de mar o persecución de enemigos o de piratas, la nave cargada de mercancías se encontraba en la necesidad de echar al mar una parte del cargamento, o descargar parte de él en un alijo que naufragaba, o cortar uno de los mástiles. Como en todos estos casos las medidas obedecían a un interés común, la pérdida se repartía proporcionalmente entre todos los cargadores y el dueño de la nave, según los casos. [27] Observa Girard que

(27) La ley venezolana, artículo 1.678, Código Civil citado, considera que hay tres especies de arrendamiento de obras y de industrias:

1º El de las personas que comprometen su trabajo al servicio de otra.

2º El de las que se encargan del trasporte de personas o de cosas, por agua o por tierra.

3º El de los empresarios de obra por ajuste a un precio único.

Los conductores de efectos por tierra o por agua están sujetos, en cuanto a la guarda y conservación de las cosas que se les confían, a las mismas obligaciones que se les imponen a los posaderos, empezando su responsabilidad desde que reciben los efectos que se en-

este principio era conocido ya de los jurisconsultos de fines de la República, y que venía, se decía, de las leyes comerciales de la Isla de Rodas, pero que en Roma se lo ponía en práctica por medio de las acciones que nacían del arrendamiento. (28)

---

cargan de trasportar, y respondiendo igualmente de las pérdidas y de las averías de las cosas que reciben, a no ser que prueben que la pérdida o avería ha provenido de caso fortuito o de fuerza mayor: (artículo 1.686 y 1.687 del mismo Código).

El título VI del Libro II del Código de Comercio, que trata de los riesgos y daños del trasporte marítimo, está consagrado a las averías, a la echazón, a la contribución por avería gruesa y al abordaje: (artículos 754 a 789).

(28) Véase autor citado, obra citada.

## CAPITULO XI

## CONTRATOS CONSENSUALES.- (Continuación)

### SOCIEDAD

La sociedad era un contrato consensual, bilateral y de buena fe, por el cual varias personas que se denominaban socios, *socii*, se obligaban a poner una o más cosas en común, que llamaban aporte, con el fin de ejecutar una o muchas operaciones lícitas, y repartirse entre sí las utilidades que obtuvieran. [1]

El desenvolvimiento de este contrato ha sido la obra del derecho moderno: sobre todo, la asociación de capitales, o sociedad anónima, que es la forma más adecuada para la realización de las grandes empresas. En los primitivos tiempos de Roma, el contrato de sociedad tenía que ser desconocido, porque la institución de la *gens* correspondía, en el fondo, al objeto, que más tarde se alcanzó con la referida asociación de

---

(1) Artículo 1.708, Código Civil citado.

dos o más personas para un objeto lícito. Fué a fines de la República cuando vino a tener existencia legal el contrato de sociedad, al cual servían de elementos esenciales característicos: un aporte, y la repartición, entre los socios, de los beneficios o de las pérdidas.

El aporte para los romanos, consistía en una cosa que cada socio entregaba en propiedad, para que los demás socios disfrutasen, en común, de esa propiedad: el goce de la cosa, en vez de la propiedad, podía ser también el objeto de un aporte social: lo esencial era que cada socio aportara algo, porque si alguno dejaba de hacerlo, como los beneficios debían ser repartidos entre todos, había una donación respecto del socio que no aportaba nada. No se exigía que el aporte consistiera necesariamente en numerario: un crédito, la industria de algún socio, una mercancía cualquiera, un fundo, podían, válidamente, constituir un aporte en Roma, y tal es, también, la regla del derecho moderno. (2) No se exigía, tampoco, que cada socio aportara la misma cantidad de dinero o cosas de la misma especie, cantidad y calidad, porque el monto de cada aporte podía ser desigual, y el aporte de uno de los socios podía ser diferente del que daba otro socio. (3)

Respecto del segundo elemento, o sea, el reparto de las utilidades y de las pérdidas, se exigía que nin-

---

(2) Artículo 1.709, Código Civil citado.

(3) Artículo 1.722, Código Civi lcitado.

guno de los socios podía reservarse, exclusivamente, las utilidades y no soportar la parte proporcional en las pérdidas: [4] los romanos llamaban leonina tal sociedad, y no le reconocían validez legal. El nombre le venía de una fábula de Esopo imitada por Fedro. Decían los romanos que una sociedad así formada, era contraria al *jus fraternitatis,* y a la equidad. No se exigía que cada socio tuviese partes iguales, en las utilidades como en las pérdidas: podían ser éstas y aquéllas desiguales entre sí, lo que era una consecuencia de la desigualdad de los aportes. [5] Podían también los socios no haber establecido la forma de distribuir las pérdidas, ocupados en reglar, únicamente, cómo debían distribuirse las utilidades, y en este caso lo que se hacía era aplicarles a aquéllas la misma proporción que se seguía con éstas. [6] Podían también haber silenciado los socios la manera o proporción de distribuir tanto las unas como las otras, y entonces la regla legal aplicable era que tanto las utilidades como las pérdidas debían distribuirse entre los socios por iguales partes. Debe advertirse que antes de la época de Cicerón, las utilidades y las pérdidas debían distribuirse, por igual, entre los socios; pero después de

(4) Artículo 1.724, Código Civil citado.

(5) Artículo 1.722, antes citado.

(6) Mismo artículo.

aquella época se permitió fijarlas libremente, lo que marcó un progreso en la evolución del contrato que analizamos. (7)

Consideran algunos autores que el fin lícito que se proponían los socios alcanzar, era uno de los elementos esenciales de este contrato, y de aquí que una sociedad cuyo objeto fuera cometer robos, o meter contrabandos, no sería válida. Pero en realidad este elemento no es característico de la sociedad, sino de todos los contratos, en general. Se exigía, sí, en Roma, que en el contrato de sociedad, el fin que las partes se proponían alcanzar no debía ser solamente lícito, sino también útil, sin pedirse que la utilidad consistiera en un lucro, como sucede en el derecho moderno. (8) En Roma, como lo hemos visto, el uso de una cosa podía ser objeto de un aporte social, y no estaba excluído ni un fin de asistencia mutua ni uno de beneficencia.

Como contrato consensual que era el de sociedad, bastaba a su perfeccionamiento que los socios se hubieran puesto de acuerdo respecto de los elementos necesarios para formar una sociedad, es decir, que existiera lo que los romanos llamaban *affectio societatis,* que establecía la diferencia que propiamente

---

(7) Según el citado artículo 1.722, si el contrato de sociedad no determina la parte de cada socio en los beneficios o en las pérdidas, esta parte es proporcional al aporte de cada uno al fondo social.

(8) El único aparte del artículo 1.708 anteriormente citado dice: No se entiende por beneficio el puramente moral, no apreciable en dinero.

existía entre la comunidad, que podía ser creada por una disposición de la Ley o por la liberalidad de un tercero, y la sociedad, que no podía ser sino la obra del consentimiento de los asociados.

Las principales especies de sociedades que conocieron los romanos fueron:

La sociedad universal de todos los bienes presentes y futuros, *(societas omnium bonorum),* prohibida hoy por el derecho patrio. [9] Los socios convenían, en esta clase de asociación, en poner en comunidad sus bienes presentes y futuros, aun aquellos que podían venirles por herencia o por donación. Girard atribuye los orígenes de esta sociedad a la comunidad, frecuente en los tiempos primitivos, conocida con el nombre de *consortium,* que se formaba entre los hijos de un mismo padre para permanecer, voluntariamente, en la indivisión después que moría el causante.

La sociedad a título universal de ganancias futuras, *societas quaestus, lucri, compendii,* prohibida también en el derecho patrio, excepto cuando es entre cónyuges. [10] Comprendía esta sociedad las rentas futuras de los bienes presentes de los socios, y la propiedad de los que pudieran adquirir con posterioridad. Esta sociedad de fecha más reciente que la pri-

(9) Artículo 1.710, Código Civil citado.

(10) Mismo artículo.

mera, fué la que se presumía existir en la época del derecho clásico, a falta de voluntad explícita, entre los socios.

Existía también la sociedad que los romanos llamaban *societas alicujus negotiationis,* y que era la que se formaba con la mira de una serie de operaciones comunes, comerciales o industriales. De esta clase de asociaciones se podrían citar muchos ejemplos, como era, por ejemplo, la que se formaba, entre el propietario de un fundo rural y el labriego, para la labranza del fundo, y, con anterioridad a ésta, las sociedades de trabajadores libres que contrataban con los dueños de las cosechas, en una época anterior a la en que apareció la sociedad como contrato consensual. También podrían citarse como ejemplo de estas clases de asociaciones: la sociedad que formaban los banqueros, *argentarii;* las sociedades de los traficantes de esclavos, *venaliciarii;* y la que formaban entre sí los rematadores del impuesto, *societas vectigalis,* o *societas publicanorum vectigalium.* Esta última sociedad se distinguía en Roma de las otras, porque constituía una persona moral, es decir que era capaz de derechos y obligaciones, independientemente de los derechos y de las obligaciones de los socios que la componían. En el derecho moderno, en el que ha evolucionado extraordinariamente el contrato de sociedad, casi todas las diferentes clases de sociedades constituyen una

persona moral, a excepción de aquellas a las que la Ley les niega ese carácter. [11]

Pasemos ahora al examen de los derechos y obligaciones de los socios entre sí.

Cada socio estaba obligado, primero, a entregar el aporte que había prometido, y a garantizar el libre goce de ese aporte mientras durara la sociedad, respondiendo, por consiguiente, no sólo de la evicción total o parcial de la cosa aportada, sino también por cualquier vicio redhibitorio que pudiese tener ésta. [12] Cuando un socio prometía aportar su industria, cumplía con esta obligación ejecutando los trabajos que había prometido. El punto de saber si el aporte consistía en la propiedad de una cosa, o en el simple goce de la misma, era una cuestión de hecho que quedaba a la libre apreciación de los Jueces, atendidas las circunstancias de cada caso. Cuando se trataba, sin embargo, de cosas fungibles, se presumía el aporte en propiedad; si de las que no lo eran, se presumía que eran aportadas en goce solamente. [13]

---

(11) Artículo 207 del Código de Comercio.

(12) Artículo 1.744, Código Civil citado.

(13) Al artículo 1.720 del Código Civil citado dispone que si las cosas cuyo goce ha sido puesto en la sociedad consisten en cuerpos ciertos y determinados que no se consumen por el uso, quedan a riesgo del socio que sea su propietario; que si las cosas se consumen por el uso, si se deterioran guardándolas, si se han destinado a la venta o si se han puesto en sociedad con estimación constante de inventario, quedan a riesgo de la sociedad; que si la cosa se ha estimado, el socio no puede repetir sino el monto de la estimación.

En segundo lugar, el socio debía administrar la sociedad respondiendo por su dolo, y por su falta en concreto, a menos que la administración le hubiese sido conferida solamente a uno o a algunos de los socios. El socio administrador obligaba a la sociedad por sus actos, y no podía conservar entre sus manos valores pertenecientes a ella. (14) Si disponía en interés particular, de alguna suma de dinero perteneciente a la sociedad, no sólo debía esta suma a la sociedad, sino los intereses correspondientes también, y sin poder compensar, como decía Paulo, los daños causados a la sociedad, con las ventajas que le procuraba con su industria en otros negocios. (15) El socio que retenía indebidamente tales valores de la sociedad, estaba igualmente obligado a reintegrar a la masa social los beneficios que podía creer obtener para sí. (16)

Finalmente, cada socio estaba obligado a indemnizar a los demás socios, por los gastos que éstos habían hecho en interés de la sociedad. (17)

Como en Roma la sociedad no constituía una persona moral, excepción de la *societas-vectigalis,* antes nombrada, las obligaciones de los socios para con los terceros y las de éstos para con éllos, se entendían in-

---

(14) Artículos 1.725 y 1.728, Código Civil citado.

(15) Artículo 1.719, Código Civil citado.

(16) Artículo 1.715, Código Civil citado.

(17) Artículo 1.728 anteriormente citado, regla 3ª

dividualmente contraídas entre los unos y los otros. Si todos los socios contraían una obligación para con un tercero, quedaban obligados en la proporción de la parte que cada uno de ellos tenía en la sociedad: si la obligación la había contraído solamente alguno de los socios, el tercero no tenía contra los otros sino la *actio negotiorum gestorum*, porque se presumía que el socio había contratado en interés de sus otros socios, o la acción de *in rem verso* cuando podía ejercitársela. [18]

La sociedad terminaba en Roma, primero, por la expiración del tiempo por que había sido contraída; segundo, por la realización del negocio que constituía su objeto, como sucedía en la *societas unius rei;* tercero, por el común acuerdo de todos los socios, y por la voluntad manifestada por uno de ellos de no querer continuar en la sociedad, cuando ésta había sido contraída por tiempo indeterminado, pero siempre que tal voluntad no fuera extemporánea, ni hecha para

(18) La ley venezolana trae a este respecto las siguientes disposiciones: artículo 1.731, Código Civil citado. En las sociedades que no sean de comercio, los socios no son responsables solidariamente de las deudas sociales, y uno de los socios no puede obligar los demás, si éstos no le han conferido poder para ello.

Artículo 1.732. Los socios son responsables para con el acreedor con quien han contratado, cada uno por una cantidad y partes iguales, aunque alguno de ellos tenga en la sociedad una parte menor, si el contrato no ha restringido especialmente la obligación de éste a esta última parte.

Artículo 1.733. La estipulación de que la obligación se ha contraído por cuenta de la sociedad, obliga únicamente al socio que la haya contraído y no a los demás, a menos que éstos le hayan conferido poder para ello, o que la cosa se haya convertido en provecho de la sociedad.

apropiarse, el socio que quería separarse, las ventajas que los demás habían pensado obtener para todos. Quiere esto decir que la renuncia a querer seguir en la sociedad debía ser oportuna y de buena fe. [19] Independientemente de la voluntad de los socios, la sociedad terminaba en Roma por la muerte de uno de ellos, [20] por la *capitis deminutio, máxima* o *media,* por la quiebra [21] o confiscación de bienes, también de algún socio, y cuando algún grave motivo hacía imposible la continuación de la sociedad, aun cuando hubiese sido estipulada por tiempo determinado. [22]

Los principios que anteceden, que no son sino una consecuencia del carácter *intuitu personae* que tenía el contrato que se está analizando, han pasado al derecho patrio. También en Roma, como en nuestros días, cuando moría alguno de los socios, los herederos de éstos no tenían derecho sino a que se hiciera la partición del acervo social, refiriéndola al día de la muerte de su causante, sin el derecho de participación en los derechos y obligaciones posteriores de la sociedad, a menos que hubieran sido una consecuencia necesaria de las operaciones ejecutadas antes de la muerte del socio a quien sucedían. Pero hay, sin embargo, una

(19) Artículos 1.734, 1.738 y 1.739, Código Civil citado.

(20) Artículo 1.734 citado, caso 3º

(21) Artículo 320, Código de Comercio, caso 4º

(22) Artículo 1.740, Código Civil citado.

diferencia entre la legislación romana y la nuestra en este punto, y es que en el caso que analizamos, puede hoy válidamente estipularse que la sociedad no termine por muerte de uno los socios, sino que continúe entre los sobrevivientes o entre éstos y los herederos del que hubiere muerto. Cabe afirmar, sí, en opinión de algunos expositores de derecho romano, [23] que en éste se encuentran las bases de este mismo principio.

Disuelta la sociedad, se procedía a liquidar los derechos de los socios, cobrándose lo que se les debía, vendiéndose las mercancías existentes y partiendo el fondo común, que quedaba, entre los socios. [24] Estos fines se alcanzaban por medio de dos acciones: la accio *pro socio,* y la *communi dividundo,* que es la acción de cesación de una comunidad del derecho moderno como varias veces se ha notado. Por el ejercicio de la primera de las referidas acciones, cada socio obtenía la ejecución completa de las obligaciones que nacían del contrato de sociedad, como entrega de los aportes no efectuados, reembolso de los avance hechos, reparto de beneficios y distribución de las pérdidas. Por medio de la acción *communi dividundo* se lograba la partición del fondo social que había quedado indiviso entre los socios. La liquidación y partición del haber social es también, en nuestros días, la consecuencia de haber terminado el contrato de sociedad.

---

(23) Artículo 1.737, Código Civil citado.

(24) Artículos 1.741, Código Civil y 327 del Código de Comercio.

## CAPITULO XII

## CONTRATOS CONSENSUALES. - (Continuación)

### MANDATO

El mandato era un contrato consensual, sinalagmático imperfecto y de buena fe, por el cual una persona que los romanos llamaban: *procurator* y también *mandatarius,* se obligaba a desempeñar, gratuitamente, uno o muchos negocios por cuenta de otra persona que denominaron *mandans* y también *dominus.* (1)

Como es fácil comprender, de esta definición aparece que eran tres los elementos necesarios del mandato, a saber: el consentimiento, el acto o negocio que debía efectuar el mandatario, que era lo que venía a ser el objeto del contrato, y la gratuidad.

El consentimiento podía muy bien, ser expreso o tácito y no estaba sujeto a ninguna formalidad: tal era la opinión de Paulo, Ulpiano, y Papiliano, y así es también en el derecho patrio. (2)

---

(1) Artículo 1.742, Código Civil. Según este artículo el mandatario puede obligarse gratuitamente o mediante salario.

(2) Artículo 1.743, Código Civil citado.

El objeto del mandato debía ser lícito y honesto: *rei turpis nulluum mandatum* decía Ulpiano. Debía ser cierto también y jurídicamente posible. Se exigía, igualmente, que el acto encomendado al mandatario no hubiese sido ya ejecutado, y que fuera de aquellos que el mandante podía hacer por medio de otro. Se exigía, por último, que el mandato no fuera en interés exclusivo del mandatario, porque entonces consideraban los romanos, con mucha razón, que no había tal mandato, sino un simple consejo sin eficacia jurídica.

La gratuidad era, como lo hemos dicho, el tercer elemento esencial del contrato que nos ocupa. Cuando el mandatario recibía por sus gestiones alguna remuneración, decía el mismo Paulo que se estaba en presencia de un arrendamiento de obra. Debemos advertir que en el derecho patrio la gratuidad no es de la esencia, sino de la naturaleza del mandato, lo cual indica que es gratuito a falta de estipulación en contrario. [3] En opinión de algunos autores tal fué lo que al fin vino a suceder en el derecho romano, pues el que ejercía una profesión liberal, por ejemplo, recibía *honorarium,* como lo vimos al examinar el contrato de arrendamiento. Para otros, la promesa de pagar honorarios no desnaturalizaba en Roma el mandato, porque no tenía el carácter de paga, sino el modo de

(3) Artículo 1.744, Código Civil citado.

honrar a una persona de quien se recibía más bien un beneficio que un servicio. De aquí que la persona a quien se prometían honorarios en Roma tuviera, no la acción que era inherente y peculiar del mandato, sino una *persecutio extra ordinem,* que decían los romanos.

En Roma se distinguían varias especies de mandatos. Ya hemos visto que atendiendo al consentimiento, podía ser expreso o tácito. Con respecto a la extensión de su objeto, podía ser especial, si se refería a un solo asunto: la compra de una casa para el mandante, por ejemplo, o muchos negocios determinados. [3] El mandato era general, si el mandatario debía tratar un conjunto de negocios, o todos los negocios del mandante, *procurator omnium bonorum.* El mandatario, sin embargo, en este caso, no podía pedir la restitución *in integrum,* ni hacer una transacción, ni deferir el juramento decisorio. Cabe decir que el mismo espíritu ha pasado a la legislación patria, porque en ella el mandato concebido en términos generales no autoriza al mandatario sino para los actos de simple administración. [5]

Atendiendo a la persona en cuyo interés se daba el mandato, lo dividían finalmente los romanos, en

---

(4) Artículo 1.745, Código Civil citado.

(5) Artículo 1.746, Código Civil citado.

simple y mixto: simple, cuando sólo aprovechaba al mandante; mixto, cuando redundaba en beneficio del mandante y del mandatario, o del mandatario y un tercero, o en interés de todas estas personas reunidas.

Dijimos que el mandato era un contrato sinalagmático imperfecto, y ello porque al nacer el contrato, no había obligaciones sino para el mandatario. Estas se reducían a dos: cumplir el mandato, sujetándose a las instrucciones recibidas, y dar cuenta al mandante de su ejecución. [6] Si el mandatario excedía los límites del mandato que se le había conferido, el mandante no quedaba obligado, a menos que hubiera ratificado lo que había hecho el mandatario excediendo sus facultades. [7] Podía, en principio, sustituir a otra persona en su lugar, [8] para que el sustituto ejecutara el mandato, pero el mandatario que tal hacía quedaba obligado para con el mandante, y entre éste y el sustituto no había vínculo jurídico alguno.

---

(6) Artículos 1.750 y 1.752, Código Civil citado.

(7) Artículo 1.757, Código Civil ciado.

(8) El artículo 1.753 del mismo Código, le impone al mandatario el responder de aquél en quien ha sustituído su gestión, cuando no se le ha dado poder para sustituir, y cuando este poder ha sido conferido sin designación de persona, y la que ha escogido es notoriamente incapaz e insolvente. En todos los casos el mandante puede obrar directamente contra la persona que haya sustituído al mandatario.

Al dar el mandatario cuenta al mandante de su gestión, debía restituirle todo lo que había recibido con ocasión del mandato. [9] Respondía el mandatario no sólo por su dolo, y por la culpa lata que los romanos asimilaban a aquél, sino por la culpa leve también, lo cual era explicable que pasara atendido a la fe que el mandante depositaba en el mandatario. [10]

Podía suceder que, eventualmente, resultase obligado el mandante para con el mandatario. Así, por ejemplo, si éste había hecho anticipos para ejecutar el mandato, era natural que el mandante se los resembolsara, independientemente del éxito que hubiere podido obtener el mandatario, con tal naturalmente de que el fracaso del mandato no le fuere imputable al mandatario, como decía Ulpiano. [11] Si el mandatario había tenido alguna pérdida ocasionada, necesariamente, en el ejercicio del mandato, el mandante también, en este caso, le debía una indemnización, debiendo, por otra parte, pagarle los intereses de las sumas que el mandatario hubiese anticipado. [12] Finalmente, el mandante estaba obligado a cumplir todas las

(9) Artículo 1.752 anteriormente citado.

(10) Artículo 1.751, Código Civil citado. Según este artículo la responsabilidad en caso de culpa es menor cuando el mandato es gratuito que en caso contrario.

(11) Artículo 1.758, Código Civil citado.

(12) Artículos 1.759 y 1.760, Código Civil citado.

obligaciones que en su nombre hubiera contraído el mandatario en ejecución del mandato, y respondía por toda clase de culpa. Estos principios han pasado al derecho patrio. [13]

El mandato se acababa:

1º—Por el cumplimiento del encargo que se le había dado al mandatario.

2º—Por la voluntad de ambos contratantes.

3º—Por la muerte del mandante o del mandatario, atendido a que se trataba de un contrato que se celebraba en atención a la persona de ambos contratantes. [14]

4º—Por la revocación del mandato, con tal que se hiciera antes de comenzar el mandatario a efectuar el mandato. Si el negocio estaba ya comenzado, la revocación impedía su continuación; pero el mandante debía indemnizar al mandatario por los anticipos que hubiere hecho éste y por los daños que hubiere padecido. En el caso de revocación, era válido lo que el mandatario había ejecutado después de ella, pero antes de que la revocatoria hubiere llegado a su conocimiento. [15]

---

(13) Artículo 1.757 anteriormente citado.

(14) Artículo 1.763, Código Civil citado.

(15) Artículo citado, mismo Código. Véase también artículo 1.768.

5º—Terminaba, finalmente, el mandato por la renuncia que de él podía hacer el mandatario. Pero si el mandato había sido ejecutado en parte y no había un motivo justo para la renuncia, el mandante tenía acción contra el mandatario para ser indemnizado de los perjuicios sufridos. [16]

De este contrato nacían dos acciones: la *mandati directa*, que era de buena fe e infamante, que tenía el mandante contra el mandatario para que éste ejecutase el mandato y cumpliera todas las obligaciones que eran su consecuencia, y la acción *mandati contraria*, que le correspondía al mandatario contra el mandante para los casos en que éste podía resultar obligado. En Roma los terceros que contrataban con el mandatario tenían una acción directa contra éste, como la que tenía también el mandatario contra ellos. Cuando el mandante iba contra esos terceros se presumía en Roma que el mandatario le había cedido su acción, y en este caso se decía que procedía *utiliter*. Era también una acción útil la de esos mismos terceros contra el mandante. El derecho patrio ha derogado estos principios; y partiendo de la base de que el mandatario obra en nombre y representación del mandante, le da a éste acción directa contra los terceros y vicever-

---

(16) Artículos 1.763 anteriormente citado, y 1.767.

sa. [17] En nuestro derecho el mandatario que procede dentro de los límites del mandato no se obliga personalmente. La acción *mandati contraria* podía ser también intentada en Roma contra los herederos del mandante, cuando el mandatario, sin saber la muerte del mandante, continuaba gestionando el negocio que se le había encomendado. [18]

(17) Artículo 1.749, Código Civil citado. La ley exceptúa el caso en que el mandatario obra en su propio nombre.

(18) El artículo 1.768, anteriormente citado, dispone que lo que hace el mandatario en nombre del mandante ignorando la muerte de éste, o una de las otras causas que hacen cesar el mandato, es válido, con tal de que aquéllos con los cuales ha contratado hayan procedido de buena fe.

## CAPITULO XIII

## CONTRATOS ACCESORIOS

*Adstipulación.—Adpromisión.—Sponsores.*

*Fidepromissores.—Fidejussores*

### ADSTIPULACIÓN

Cuando analizamos el concepto jurídico de las obligaciones correales y solidarias, observamos que lo característico de ellas era que a la pluralidad de los sujetos, activos o pasivos, de la obligación, correspondiera la unidad de objeto debido. Ahora bien, al lado de estas obligaciones correales existían otras en Roma en que también podían encontrarse varios obligados y varios acreedores, pero obligaciones que en realidad eran muy distintas de las correales. Tal era lo que pasaba con la adstipulación.

Como lo está indicando la expresión misma, en rigor, la adstipulación no venía a ser sino una estipulación que se agregaba, en calidad de accesoria, a una estipulación preexistente, y que aun cuando a veces podía suceder que se la celebrase antes, era siempre

dependiente y estaba subordinada a la principal. En la obligación correal existía, pues, una sola obligación exigible por dos o más acreedores, y que debía cumplirse por dos o más deudores, pero en ambos casos organizada de modo tal que se entendía que todos los acreedores tenían separadamente los mismos derechos, y los deudores, también separadamente, las mismas obligaciones. En la adstipulación era diferente: el estipulante y el adstipulante tenían el mismo derecho en cuanto a que podían exigir, respecto del deudor, el cumplimiento de la obligación; pero el adstipulante no era sino un mandatario del estipulante. Lo que pasaba era que en la época del derecho primitivo romano, en que fué practicada la adstipulación, no se conocía la representación por otro, y pasaba que un estipulante, cuando llegaba el momento de pedir el cumplimiento de alguna obligación en su favor, si se encontraba ausente, no podía ejercer su acción. La fórmula de la adstipulación respondía a esta necesidad, porque el adstipulador ejercía la acción como si él fuera, propiamente, el acreedor, y después le daba cuenta al estipulante que era, propiamente, su mandante. La adstipulación, pues, debía tener el mismo carácter, la misma extensión, y la misma fuerza legal que la estipulación, porque el adstipulante y el estipulante eran una misma persona en la única forma jurídica en que lo permitía el estado del derecho romano

en esa época. La representación de otro no era permitida, como ya dijimos, pero por un rodeo, y por el hallazgo de la fórmula de la adstipulación, se llegaba a los mismos fines que vinieron más tarde a alcanzarse por medio del mandato. Diferente, pues, era en el derecho romano la obligación correal de la adstipulación, y diferente también su formación jurídica. Hemos visto que en la primera de dichas obligaciones los dos acreedores solidarios interrogaban al deudor y luego el deudor respondía a ambos en una sola respuesta. En la adstipulación no era así: el estipulante y el adstipulante hacían sus dos interrogaciones separadamente, y el promitente, separadamente les contestaba a ambos. Tal era el caso de la adstipulación en que había propiamente dos o más acreedores con iguales facultades y derechos contra el *reus promittendi,* siendo, en el fondo, uno de los acreedores, que intervenía como adstipulador, un simple mandatario del otro. Pero había también otro caso, y era aquel en que el deudor no era uno solo sino que había dos o más, pero en el fondo uno de ellos tenía el carácter de deudor principal y el otro u otros, conocidos con el nombre de *adpromissores,* el de simples fiadores. En este caso el contrato se llama *adpromissio,* o adpromisión que decimos en nuestra lengua [1] Esta, pues, no era sino

(1) En los textos, sin embargo, no se encuentra la expresión. Véase Accarias, tomo II.

una obligación accesoria, cuya existencia jurídica estaba ligada y dependía de una obligación principal. De aquí, pues, también, que como obligación accesoria, fuera en la generalidad de los casos, igual a la obligación principal, sin poder ser más onerosa que ella, pero si pudiendo, en cambio, ser menos onerosa. El acreedor podía estipular del deudor que éste le entregase diez áureos, y del *adpromissor* que le pagara sólo la mitad: ésto era conforme con las reglas jurídicas que de entonces a esta parte han venido rigiendo el contrato de fianza. Del propio modo, la obligación principal podía ser pura y simple, y la adstipulación condicional o a término, porque esta forma naturalmente era menos onerosa que la otra; pero si la obligación principal era condicional o a término, no era válido, legalmente, que la adstipulación y la adpromisión fueran puras y simples.

Entre la adstipulación y la estipulación había una diferencia digna de notarse, y era ésta: la primera no se trasmitía a los herederos del adstipulante, porque el contrato se reputaba *intuitu personae*, al paso que la estipulación sí lo era. Este mismo carácter que se atribuía al contrato, conducía a los romanos a otras consecuencias como, por ejemplo, la de que al esclavo no se le permitía adstipular, cuando sabemos que sí podía estipular en representación del *dominus*. Con respecto al hijo de familia, se le permitía que adsti-

pulase, pero para ejercer los derechos que emanaban de la adstipulación, exigíase que esperase a salir de la patria potestad, como pasaba cuando el padre moría, o el hijo era elevado a la dignidad de Sacerdote de Júpiter.

Ahora bien, pasando a los efectos que producía la adstipulación, bastará decir que el adstipulante tenía la misma facultad del estipulante para exigir el cumplimiento de la obligación, y al cumplirla, el deudor quedaba libertado del todo con el pago hecho al *adstipulator.* Era lógico y jurídico también, que en consecuencia de las relaciones de mandante y mandatario que existían entre el estipulante y el adstipulante, le rindiera cuenta éste a aquél de lo que había recibido. Debemos también decir, por último, que cuando el principio de la representación por otro llegó a ser admitido en el derecho romano, la adstipulación resultó inútil, y fué cayendo en desuso. Sólo en un caso era útil, y era cuando se la hacía para después de la muerte del acreedor, *(post mortem creditores).* Esta estipulación era nula según el derecho civil, pero valía como obligación natural y, por consiguiente, podía ser utilizada por los herederos del estipulante que así podían lograr que el adstipulante, después de la muerte del estipulante, les diera cuenta de lo que había recibido. Justiniano hizo válidas las estipulaciones para después de la muerte, y por consiguiente, ni para este objeto era ya útil la adstipulación.

### SPONSORES, FIDEPROMISSORES Y FIDEJUSSORES

Ya hemos dicho, al hablar de la adstipulación, que así como al lado del acreedor principal estaba el adstipulador, así al lado del deudor principal se encontraba otro deudor al que los textos designan con el nombre de *adpromissor,* y, quien venía a ser como un sustituto del deudor, obligado como éste al cumplimiendo de la obligación, más no en las condiciones en que propiamente era deudor el codeudor solidario, sino obligado en razón de un contrato accesorio, que era propiamente la adpromisión. [2]

En la época clásica del derecho romano, había tres clases de adpromisores, que eran: los *sponsores,* los *fidepromissores,* y los *fidejussores.* Estos nombres correspondían a las palabras que sucesivamente vinieron empleándose en el derecho romano para celebrar el contrato verbal llamado estipulación. Sabemos que originariamente no podían emplearse sino las expresiones *spondes, spondeo,* en latín, y entre ciudadanos romanos: de aquí la primera denominación de *sponsores.* Sabemos, igualmente, que era ésta la única forma que podía emplearse en las obligaciones de dar, pudiendo servir tanto para una obligación principal como para una accesoria, por lo cual se la empleaba en este caso

(2) Ya hemos advertido que esta palabra no está en los textos, pero su empleo es a todas luces justificado. Véase Accarias, tomo II.

de una estipulación accesoria que estaba siempre y necesariamente subordinada a una obligación principal. Más tarde fueron admitiéndose otras expresiones: la palabra *sponsio* podía ser sustituída por otra, como pasó con las expresiones *fidepromittes, fidepromitto,* y de allí la expresión *fidepromissores,* que ya no era esencial que se la pronunciase en latín, como pasaba con la *sponsio,* ni tampoco que el contrato principal o accesorio fuera celebrado entre ciudadanos romanos: la *fidepromittio* era la fórmula tomada del derecho de gentes y no del derecho estricto. Por último se llegó a una fórmula todavía más amplia, y la expresión *fidejussio* vino a ser el vocablo representativo del contrato accesorio de fianza, y de allí la expresión *fidejussores,* que equivale a decir en el lenguaje jurídico de nuestros días: fiadores.

Ya hemos dicho que tanto el contrato de la adstipulación, que no era sino la forma activa del contrato verbal de estipulación en que intervenía más de un acreedor, sin haber obligación solidaria o correal, como éste de la *fidejussio,* que no era sino la forma pasiva de la misma estipulación, en que al lado del deudor principal existía un deudor accesorio que era el fiador o *fidejussor,* debían tener los mismos caracteres y la misma extensión que el contrato principal; de manera que el *fidejussor* no podía obligarse, pura y simplemente, por ejemplo, si el deudor principal se había

obligado bajo condición o a término. Sí podía ser menos oneroso el contrato accesorio que el principal, precederlo o seguirlo, y desde luego y naturalmente acompañarlo, pero siempre en el primer caso sujeto a que aquél llegara a realizarse, y hasta podía celebrárselo sin saberlo el deudor, en cuyo caso era análogo a un cuasi-contrato.

Tenía una enorme ventaja la *fidejussio* como contrato accesorio, que era la de poder unirse a toda clase de obligaciones, así provinieran de la ley, como de los contratos, delitos, o cuasi contratos y cuasi delitos. Se exceptuaba, únicamente, la obligación de restituir la dote: así lo habían establecido desde el año 381 Graciano, Valentiniano y Teodosio, y Justiniano no sólo mantuvo la prohibición, sino que la hizo extensiva a toda clase de *intercessio* por obligación dotal. Debemos tener muy presente que por lo mismo que la *fidejussio* vino a ser la última fórmula, como lo hemos apuntado, del contrato accesorio de fianza, tenían sus puntos de contacto los *sponsores*, los *fidepromissores* y los *fidejussores*, pero también tenían diferencias características. Desde luego que todos eran sujetos de contratos accesorios que podían preceder o seguir, o coincidir con el contrato principal; pero *sponsores* y *fidepromissores* dieron margen en Roma a una serie de disposiciones legislativas que luego no pasaron a serles aplicables a los *fidejussores*. Así sucedió con las leyes denominadas Apuleya y Furia, en primer término.

La Ley Apuleya, (cuya época de promulgación se supone que fué el año de 652 de la fundación de Roma), era aplicada en las Provincias, y les permitía a los *sponssores* y *fidepromissores*, cuando eran varios, y cuando hubieran pagado la totalidad de la deuda o una parte mayor de la que les hubiera correspondido, dividiendo la obligación entre todas ellos, que tuvieran una acción contra sus demás coobligados: *sponssores* o *fidejussores*, para obligarlos a que les pagaran el excedente que ellos habían pagado. Partía, pues, de la base la Ley Apuleya de que entre *sponssores* y *fidepromissores* no había, en principio, una obligación, y sentaba el principio de que cuando el *sponssor* y *fidepromissor* debían la totalidad de la obligación no equivalía ello a una obligación correal, sino a una verdadera sociedad, cuando eran varios. La Ley Furia, que se cree fué promulgada siete años más tarde, se aplicaba sólo a Italia. Esta ley hacía prescribir a los dos años la acción contra los *sponssores* y *fidepromissores;* y cuando éstos o aquéllos eran varios, la obligación se dividía de pleno derecho, el día del vencimiento, entre los sobrevivientes de ellos para esa época, sin que se tomase en cuenta a los que se habían hecho insolventes, para repartir la insolvencia de éste entre los demás, todo lo cual llegó a ser, en el fondo, más bien perjudicial para los deudores, a quienes los acreedores se veían obligados a darles plazos cortos para evitar los efectos de la

pérdida de su acción. Los inconvenientes y las restricciones que introdujeron las citadas leyes, hicieron que la forma de la *fidejussio* fuera ganando cada vez más terreno, pues, a la vez que de ella estaban proscritas las fórmulas sacramentales de la estipulación, no se le aplicaban las dos enunciadas Leyes, a lo cual se agrega el que la *fidejussio* ligaba a los herederos del *fidejussor,* lo cual no pasaba ni con la *sponsio* ni con la *fidepromissio.*

No sólo las apuntadas restricciones eran las que pesaban sobre la *sponsio* y la *fidepromissio* consideradas en su aspecto de pocos favorecedoras de los intereses de los acreedores y principalmente de los prestamistas, sino que otras disposiciones legales también creaban trabas desde este punto de vista. Para algunos autores la misma Ley Apuleya, por no haberse podido leer claramente su nombre en el palimpsesto de Gayo, y para otros la Ley Cicereya, [3] estatuían que el acreedor que recibiese *sponssores* o *fidepromissores,* antes de interrogarlos, declarara en alta voz cuál era el objeto de la deuda que se garantizaba y cuantos *sponssores* o *fidesponssores* iba a recibir, bajo pena, si no lo hacía, de que aquéllos, pasado cierto número de días, hicieran constar que la declaración no había tenido efecto, a fin de quedar libres de toda obligación.

(3) Gómez de la Serna y Accarias, obras citadas.

Debemos sentar que esta regla fué aplicada por la jurisprudencia a la *fidejussio* también, y por consiguiente, favorecía a los *fidejussores;* pero que llegó a ser inútil desde que éstos tuvieron el beneficio de división que introdujo el Rescripto de Adriano, de que luego hablaremos, o bien cuando pagaban la totalidad de la deuda, y gozaban del beneficio de la cesión de acciones del acreedor, contra los demás *cofidejussores.* Por último, bajo la dictadura de Sila, una ley Cornelia, que se aplicó, igualmente, a los *sponsores* y *fidepromissores* como a los *fidejussores,* prohibió que una misma persona pudiera obligarse, en un mismo año y por un mismo deudor, en favor de un mismo acreedor, por una suma que pasara de veinte mil sextercios. [4]

La situación legal, pues, que regía la *fidejussio,* era que constituía una obligación perpetua, sin que el *fidejussor* tuviera acción contra los demás *cofidejussores;* que podía preceder o seguir a la obligación principal, y desde luego, acompañarla; que la *praedictio* le era aplicable; que era extraña a las leyes Apuleya y Furia, y por último, que si no había una cláusula que obligara al *fidejussor* sólo a una parte de la deuda, su obligación era *in solidum,* lo cual era conforme a la

(4) Algunos autores mencionan también una Ley Publilia promulgada en la época de la Ley Furia citada, que le daba a *sponsores, fidepromissores* y *fidejussores,* no sólo la acción de mandato contra el deudor principal, sino otra denominada *depensi,* para obtener el doble. Véase Gómez de la Serna, obra citada.

fórmula empleada en la *fidejussio* que era ésta, *itam fidejubes? fidejubeo.* El acreedor, pues, podía demandar al *fiador* por el todo o por una parte si quería, o escoger a uno de los *fidejussores* para pedirle que cumpliera la obligación. Pero la litis-contestación, entre el acreedor y uno de los demandados, extinguía la acción respecto a los demás, y si el demandado era insolvente, el acreedor tenía que soportar esta insolvencia. Este rigor fué atemperado por medio de tres beneficios: el de cesión de acciones; el de división; y el de discusión.

Por medio del beneficio de cesión de acciones, el fiador que pagaba tenía derecho a que el acreedor lo subrogara en las acciones que él tenía. Pero esta cesión tenía que ser exigida antes del pago y con autoridad a la *litis-contestatio,* y sí quería subrogarse también en alguna acción hipotecaria, también se le acordaba; pero si esta hipoteca garantizaba una deuda del acreedor, el cesionario tenía que satisfacerla. Sucedía en este caso lo mismo que con la correalidad y la excepción de dolo.

El beneficio que queda analizado representaba, en efecto, una gran ventaja cuando el deudor principal y los demás *fidejussores* eran solventes, pero cuando no lo eran resultaba, en el fondo, poco protector de los intereses del *fidejussor* que se había visto obligado a cumplir la obligación. De aquí el Rescripto de Adria-

no que creó el beneficio de división. Este Rescripto reprodujo, en su fondo, las disposiciones de la Ley Furia, pero mejorando las condiciones del acreedor, porque según el Rescripto, la división debía hacerse entre los *fidejussores* solventes, al paso que según la citada Ley, la división debía hacerse entre los *sponsores* y *fidepromissores*, soportando, naturalmente, el acreedor la consecuencia de la insolvencia de uno de aquéllos. Por otra parte, la división no tenía lugar de pleno derecho, sino que el *fidejussor*, al ser demandado, no permitía que se le entregase una fórmula pura y simple, sino que alegaba quererse acoger al beneficio del citado Rescripto. Si el *fidejussor*, cuando había varios, pagaba íntegramente la deuda, no había lugar a la *plus petitio* ni a la repetición de lo más que hubiera pagado y que excediera la porción o cuota viril de que hablaba la Ley Furia. Podía también suceder que el acreedor hubiere obtenido el todo de uno de los *fidejussores*, y que el deudor principal fuera insolvente y que el fiador no se hubiera acogido al beneficio del Rescripto de Adriano. En este caso, como él era un deudor solidario que respondía al igual del verdadero deudor, no podía tener, jurídicamente, ninguna acción contra el acreedor ni tampoco contra los cofiadores, porque no se habían acogido al citado Rescripto. En este caso no le quedaba más recurso que ejercer contra el deudor principal la acción de

mandato u obtener el beneficio de la cesión de acciones; pero siempre con tal de haber obtenido dicha cesión antes de hacer el pago, aun cuando hubiera sido condenado en juicio a hacerlo. El beneficio del Rescripto de Adriano era invocable por los *fidejussores* de una sola obligación aun cuando se hubieran constituído *fidejussores* en épocas y lugares distintos. Cuando se trataba de *fidejussores* constituídos por dos deudores solidarios, no había lugar a invocar tal beneficio. Finalmente, cuando se trataba de un menor de 25 años que era fiador o *fidejussor,* después que otro lo había sido, estaba amparado por la *restitutio in integrum.* Los *fidejussores* de los tutores y curadores no gozaban del beneficio de división.

Al lado de estos beneficios, de cesión de acciones y de división, el derecho romano creó otro, que se conoció con el nombre de beneficio de orden o de excusión. Una Novela del Emperador Justiniano lo creó, y por él no podían ser compelidos o pagar los *fidejussores* sin que precediera la previa excusión de los bienes del deudor principal y la prueba de la insolvencia de éste. Cuando el deudor era notoriamente insolvente, no se requería hacer la prueba.

Debemos decir, por último, que el *fidejussor* tenía contra el deudor por quien pagaba, además del apuntado beneficio de la cesión de acciones, la acción de mandato, y cuando el deudor no había solicitado la

fianza o prestado su consentimiento, el *fidejussor* tenía entonces el carácter de un gestor de negocios ajenos. Debemos también decir que aun cuando originariamente la fórmula sacramental de la *fidejussio* era la que hemos apuntado, este rigorismo desapareció luego, y fué admitido que surtieran el mismo efecto cualesquiera otras que expresasen la misma idea. Debemos también notar que cuando el acreedor, en presencia del Magistrado, no consentía en la cesión de sus acciones en favor del *fidejussor* que cumplía la obligación, podía éste pedir que se insertase en la fórmula una excepción de dolo. Podía bien suceder que la renuencia del acreedor a ello fuera el resultado de su mala fe o perversidad, o bien que no estuviera de acuerdo con el *fidejussor* acerca del monto de la obligación. En este caso, la cesión era condicional, sujeta a la previa liquidación de la deuda que hacía el Magistrado.

---

NOTA.—La teoría de la fianza en el derecho civil venezolano, con pequeñas variantes, es la misma del derecho romano, de donde emanan las reglas que rigen este contrato en el derecho contemporáneo. De aquí, pues, que no pueda constituirse sino como accesoria de una obligación válida, sin que ésto obste a que pueda, sin embargo, constituírsela sobre una obligación anulable, en virtud de una excepción puramente personal del obligado, como la de minoridad: (artículo 1.884, Código Civil); que no pueda exceder de lo que deba el deudor, ni constituirse bajo condiciones más onerosas, de lo que resulta, en consecuencia, que la que excede de la deuda o que se haya constituido bajo condiciones más onerosas, no será válida sino en la medida de la obligación principal: (artículo 1.885, mismo Código); que la fianza pueda constituirse también, no sólo por el deudor principal, sino por otro fiador, lo cual también podía hacerse en Roma: (artículo 1.886, mismo Código); que la fianza no se presuma: (artículo 1.887, mismo Código); que no pueda compelerse al fiador a pagarle al acreedor, sin previa excusión de los bienes del deudor, a menos que el fiador haya renunciado expresamente a ella, o cuando se haya obligado solidariamente con el deudor

y como principal pagador, y cuando el deudor también haya quebrado o hecho cesión de bienes, lo cual es perfectamente equitativo y también perfectamente jurídico: (artículos 1.891 y 1892, mismo Código); que la excusión no tendrá efecto si no la exigiere el fiador al contestar la demanda, principio análogo al beneficio del Rescripto de Adriano que debía invocarse en una oportunidad análoga: (artículo 1.894, mismo Código); que siendo varios los fiadores de un mismo deudor, y por una misma deuda, cada uno de ellos responderá de toda la deuda: (artículo 1.896, mismo Código); que, sin embargo, podía cada una de dichas partes exigir que el acreedor divida preventivamente su acción, reduciéndola a la parte que a cada cual corresponda, cuando no haya renunciado al beneficio de división, estando obligado el fiador que hubiere invocado el beneficio de división, a soportar proporcionalmente la insolvencia de los demás fiadores que no fueran solventes: (artículo 1.897, mismo Código); que el fiador que haya pagado tendrá recurso contra el deudor principal aun cuando éste no haya tenido conocimiento de la fianza: (artículo 1.899, mismo Código); que el fiador se subroga por el pago, en todos los derechos que el acreedor haya tenido contra el deudor: (artículo 1.900, mismo Código); que cuando fueren varios los deudores principales y estuvieren obligados solidariamente, el fiador de todos que haya pagado, podrá dirigir su acción contra cualquiera de ellos por la totalidad de la deuda: (artículo 1.901, mismo Código); que cuando varias personas hayan fiado a un mismo deudor por una misma deuda, el fiador que haya pagado la deuda tendrá acción contra los demás fiadores por su parte respectiva: (artículo 1.904, mismo Código); y por último, que el fiador judicial no podrá pedir la excusión del deudor principal, ni el subfiador, en el mismo caso, la del deudor ni la del fiador: (artículo 1.907, mismo Código).

## ALCANCE A LOS CAPITULOS ANTERIORES

### DE LA TRANSACCIÓN

La transacción era una convención por la cual las partes, en Roma, dando, prometiendo o reteniendo, cada una alguna cosa, terminaban un litigio pendiente o precavían un litigio eventual. Fué originariamente un pacto que carecía de sanción legal, obligatorio sólo moralmente entre las partes, pero elevado más tarde a la categoría de un contrato, cuando evolucionó el derecho romano, y se lo consideró con validez legal. Todos los derechos, así personales como reales, y por lo tanto aquellos cuyo origen estaba en alguna obligación, podían ser objeto de una transacción, de donde resultó naturalmente que cuando recaía sobre una obligación, entraba la transacción a extinguir legalmente aquel vínculo jurídico.

Como puede fácilmente comprenderse, la definición que acabamos de dar de la transacción contiene, en síntesis, los elementos que debían caracterizarla. Requeríase, en primer término, que la obligación que quería

extinguirse, encerrara, al menos, un aspecto dudoso en cuanto a lo que podía exigirse exactamente del deudor, si no litigiosa del todo. De tal modo, que al transigir las partes, ni el acreedor estaba perfectamente cierto de la extinción de su derecho, o de la posibilidad de su triunfo sobre el deudor, ni éste, por su parte, tampoco perfectamente seguro de los medios de excepcionarse. Requeríase, igualmente, cuando el asunto sobre el cual recaía la transacción se había hecho ya litigioso, que el litigio no hubiera terminado por una sentencia firme, a menos que las partes mismas dudasen de la existencia de ésta. Requeríase, igualmente, que cada parte abandonara algo de sus respectivas pretensiones, lo que equivale a decir que demandante y demandado, en los casos de estar ya establecido el litigio, o acreedor y deudor en los casos en que lo que hacía la transacción era precaver un litigio eventual, hicieran mutuo sacrificio respecto de lo que cada uno pretendía. Cuando ésto no pasaba, no había tal transacción, sino convenimiento en la demanda, por parte del reo, o ejecución de la obligación por parte del deudor. Podía también darse el caso de que de lo que se tratase fuera de una liberalidad, como pasaba cuando faltaba, en alguno de los contratantes, la renuncia a una parte de sus derechos, aspiraciones o pretensiones derivados de la obligación. Exigíase, por último, y era éste un elemento tácito, que los que transigían fueran legalmente

capaces de hacerlo, porque como medio que era de extinguir una obligación, la transacción equivalía a la enajenación de un crédito.

Desde el punto de vista de contrato que era, la transacción podía ser anulada, y entonces renacía la obligación primitiva a la que ella ponía término, por haber habido dolo, o violencia o error que recayese sobre un elemento esencial, como podía ser el error sobre la persona con quien se transigía, o respecto al objeto de la obligación, pero nunca por el error basado en un derecho a cuya incertidumbre, precisamente, estaba destinada la transacción a ponerle término. No era rescindible la transacción por causa de lesión, ni por el descubrimiento de títulos o documentos desconocidos en el momento de la transacción. Dichos documentos, en sentir de algunos expositores, podían hacerse valer más tarde, en tanto que los derechos que de ellos emanaban no hubieran quedado extinguidos por la transacción. Como la transacción estuvo durante mucho tiempo en Roma, según lo hemos expuesto, colocada en la simple categoría de pacto, el desconocimiento de la transacción era allí contrarrestado por la *exceptio doli.* Pero cuando había de emplearsela como medio de acción, para pedir su ejecución, había que recurrir a la acción de lo estipulado, *actio ex stipulatu,* o bien darle al pacto el carácter de un contrato real, ejecutando una de las partes lo que había

convenido, y demandando a la otra, por medio de la *actio proescriptis verbis,* o bien por la *condictio causa data causa non secuta* que tenía por objeto repetir el actor la cosa que había entregado en ejecución de lo prometido. A veces las partes en Roma recurrían a darle fuerza a la transacción por medio de una cláusula penal, *stipulatio poenae,* que ya hemos analizado en el lugar correspondiente. Debemos decir, por último, que la transacción sólo surtía efectos entre las partes, sin que pudiera oponérsele a otras personas que podrían también estar interesadas en el litigio o en la obligación que quedaba extinguida.

---

Nota.—El derecho venezolano no coloca la transacción entre los medios de extinción de las obligaciones, sino entre los contratos nominados. Pero la teoría romana respecto de ella, podemos decir, que está reproducida en él. Exige la ley, en primer término, capacidad para disponer de las cosas comprendidas en la transacción: (artículo 1.771, Código Civil citado); y le da a la transacción entre las partes la misma fuerza que la cosa juzgada: (artículo 1.778, mismo Código); que no puede atacársela por causa de error de derecho o de lesión: (mismo artículo, único aparte); que puede estipularse una pena para quien no la ejecute, que viene a ser la compensación de los daños y perjuicios ocasionados por el retardo en la ejecución, sin perjuicio de la obligación de ejecutar la transacción: (artículo 1.773, mismo Código); que en los casos de dolo, violencia, o error sobre la persona u objeto de la diferencia, se admite, sin embargo, la acción de nulidad: (artículo 1.779, mismo Código); que es nula igualmente la transacción, cuando recae sobre un litigio que ya estaba decidido por sentencia ejecutoriada, si las partes o alguna de ellas no tenían conocimiento de esta sentencia: (artículo 1.782, mismo Código); y por último, que cuando las partes han transigido, en general, sobre todos los negocios que pudieran tener entre sí, los documentos que entonces les fuesen desconocidos y que luego se descubran, no constituirán un título para impugnar la transacción, a menos que los haya ocultado una de las partes contratantes, lo cual, en Roma, era un caso que caía bajo la noción del dolo: (artículo 1.783, mismo Código).

## CAPITULO XIV

# CONTRATOS INNOMINADOS.-PACTOS

### CONTRATOS INNOMINADOS

Llamaban los romanos contratos innominados, como lo está indicando la expresión, aquellos que no tenían una denominación especial, pero que podían ser encerrados, como decía el jurisconsulto Paulo, en una de las cuatro categorías siguientes: *do ut des,* (doy para que des), *do ut facias,* (doy para que hagas); *facio ut des,* (hago para que des), y *facio ut facias,* (hago para que hagas); lo que equivale a decir como sostiene May, que estos contratos, abrazaban todas las combinaciones posible del cambio, a saber: productos por productos, productos por servicios, servicios por productos, y servicios por servicios. Estos contratos debían ser sinalagmáticos; se exigía, además, que una de las partes hubiese ejecutado su obligación para que tuviera derecho a exigir de la otra el cumplimiento de la suya, requiriéndose, por último, que aun cuando la convención que se celebraba pudiera colocársela

en alguna de las cuatro categorías, antes nombradas, tal convención no debía haber recibido ya una denominación especial, como pasaba en el caso de que se prometía un precio mediante el transferimiento de la propiedad de una cosa. En tal caso el contrato era de venta, por más que pudiera colocárselo entre los innominados cuya fórmula sería *do ut des.*

De los contratos nominados, como lo hemos visto, nacían en Roma acciones determinadas, que tenían denominaciones propias. Con los innominados sucedía que la acción no tenía denominación especial: se la llamaba *civilis actio in factum,* o bien *actio proescriptis verbis.*

Hemos apuntado que la ejecución de la obligación, por una de las partes, le daba a la otra el derecho de pedir el cumplimiento de lo que se le había prometido, lo cual justifica el que algunos expositores denominen a los citados contratos: reales innominados. Pero en el derecho primitivo no sucedía así. Era preciso, por ejemplo, que la ejecución previa consistiere en una *datio,* para que aplicándose el principio de equidad de que nadie podía enriquececerse con perjuicio de otro, se le diera al contratante, que había dado sin recibir nada en cambio, una acción en repetición, que los romanos denominaban *condictio ab rem data,* o bien, la *condictio data causa non secuta.* Como estas acciones no eran suficientemente protectoras, porque

no se aplicaban cuando lo que se había ejecutado era un hecho, o cuando, en el caso mismo en que sí se las aplicaba, había perecido la cosa por caso fortuito, los romanos idearon entonces dar la acción de dolo en tales casos, lo cual no dejaba de tener también sus grandes inconvenientes, como eran lo limitado de su alcance y su rigor excesivo, hasta que al fin el jurisconsulto Labeón ideó la acción civil *in factum*, llamada generalmente *praescriptis verbis*.

No obstante lo expuesto, la práctica les dió denominación especial a algunos de esos contratos innominados, y así sucedió, entre otros, con la transacción, como lo hemos visto, con la permuta, el *aestimatum*, el precario, y la *donatio sub modo*.

La permuta no era sino el cambio o trueque de una cosa por otra, es decir, la promesa que uno de los permutantes hacía al otro de transferirle la propiedad de una cosa, a cambio de una promesa recíproca, y la realización, desde luego, de ambas promesas. (1) Difería de la venta este contrato, en examen, principal y señaladamente, en que era esencial de la venta la existencia de un precio en dinero, pero a esta diferencia agregaban otras los romanos, a saber: la venta era un contrato consensual por excelencia, al paso que en la permuta, como contrato innominado que era, el simple

(1) Artículo 1.602, Código Civil citado.

consentimiento no bastaba a perfeccionarlo sin que la ejecución de su obligación, por parte de uno de los contratantes, no viniera a ser el fundamento de la obligación del otro permutante para cumplir su promesa. Además, los permutantes estaban obligados a *dare,* que equivale a decir que estaban obligados a transferirse la propiedad, al paso que en la venta, propiamente, la obligación del vendedor era transferir lo que se llamaba la *vacua possesio.* En la permuta, por último, la parte que había cumplido su obligación, tenía la acción *praescriptis verbis,* y también la *condictio ab rem data,* que le permitía repetir lo que había entregado, al paso que en la venta, el vendedor no pagado, no tenía la acción en resolución de la venta que produjera los mismos efectos que la *condictio.* [2]

El *aestimatum* era también otro de los contratos innominados a los que el uso había dado una denominación especial. Consistía en valorar, de antemano, la cosa que se le entregaba a alguna persona para que la vendiera, con la obligación, para quien la recibía, de entregar el precio fijado, o devolver la cosa. Podía, sí, venderla, por un precio más alto, y en este caso, podía hacer suyo el beneficio del excedente.

---

(2) El artículo 1.604 del mismo Código ordena, que si uno de los permutantes ha recibido ya la cosa que se le dió en permuta, y prueba que el otro contratante no era dueño de ella, no puede obligársele a entregar lo que le prometió dar, y cumple con devolver lo que recibió. Por otra parte el permutante que ha padecido evicción de la cosa que recibió, puede, a su elección, demandar la indemnización de perjuicios, o repetir la cosa que dió: (artículo 1.605, mismo Código).

El *precario* entraba también en la categoría de los contratos innominados dotados por el uso de un nombre especial. Consistía el referido contrato en uno como arrendamiento, y también como comodato, por el cual una persona le concedía a otra la posesión de una cosa, con el derecho de usar de ella, pero con la condición de que se la devolvería al ser requerido a ello por el concedente. El contrato, en el fondo, no venía a ser sino una ocupación o tenencia de una cosa, cuya duración dependía, únicamente, de la voluntad del concedente.

La *donatio sub modo,* no era sino el contrato de donación, cuya eficacia dependía del cumplimiento de alguna obligación que se imponía al donatario. Si éste no la cumplía, la donación quedaba sin efecto, y podía compelérselo a que devolviera el objeto donado.

### PACTOS

Hemos visto que los contratos en el derecho romano se dividían en dos categorías, y que la primera la formaban los contratos, propiamente, los cuales se dividían en contratos verbales, contratos *litteris,* contratos reales, contratos consensuales, y en contratos innominados. La segunda categoría la formaban los pactos, y éstos se dividían en pactos vestidos, y en nudos pactos o pactos desnudos.

Debemos empezar por decir que en el derecho contemporáneo no existe ninguna diferencia entre

pactos y contratos. Ambas expresiones son equivalentes, y así empleamos, con frecuencia, la expresión pactar en vez de contratar. Pero en el derecho romano era muy distinto, y pacto y contrato significaron actos diferentes. Cuando los romanos hablaban de contratos, se referían a los del derecho civil, vale decir, a aquellos que estaban provistos de eficacia legal, y para cuya ejecución disponía el acreedor de una acción que les daba el derecho civil. Con el pacto no pasaba lo mismo: éste carecía de eficacia a los ojos del derecho civil, y propiamente no tenía más valor que el que las partes habían querido moralmente darle. Así fué al principio; pero sucedió que al lado de los contratos del derecho civil, que estaban sancionados por una acción legal de derecho estricto, el derecho de gentes había ido admitiendo otras formas de convención, que el derecho pretoriano fué reconociendo luego a luego, y proveyendo de eficacia legal. Era costumbre en muchos casos agregarles pactos a esos contratos, que estaban desprovistos de eficacia legal, como hemos sentado, pero que luego el mismo Pretor reconocía y sancionaba por medio de una acción. Estos eran los pactos vestidos de que hablan los textos romanos; pero otros hubo que no llegaron a adquirir ni la importancia ni la amplia eficiencia con que el derecho pretoriano protegía a aquéllos y los cuales, como estaban desprovistos de sanción legal y sólo producían excepción, se los

llamó nudos pactos o pactos desnudos. Esta expresión, pues, y la otra que abarcaba a los pactos que sí tenían eficacia legal pretoriana, nos está probando que los jurisconsultos romanos quisieron buscar, como era la práctica que seguían casi de modo simultáneo, expresiones representativas que constituyeran dos categorías de pactos, que no debían confundirse en cuanto a sus efectos legales. Ahora bien, los pactos vestidos, a su vez comprendían los tres órdenes siguientes: *pacta adjecta, pacta praetoria,* y *pacta legitima.*

## PACTOS ADJUNTOS

Como lo está indicando la expresión, eran éstos, convenciones que las partes le agregaban a un contrato nominado que habían celebrado, pero convenciones o acuerdos privados que no constituían lo que llamaban los mismos romanos, y lo mismo el derecho contemporáneo, elementos naturales del contrato. Los referidos acuerdos eran adiciones que las partes que habían intervenido en un contrato de buena fe le agregaban a éste al momento de celebrarlo. Entre los más importantes de esos pactos estaba: el pacto de rescate, que ellos llamaban *pactum de retrovendendo.* Por virtud de este pacto, el vendedor de una cosa se reservaba el derecho de retraerla, mediante la devolución del precio que había recibido por ella, o por uno distinto que se determinaría con posterioridad. Podía suceder que el comprador le vendiera la cosa a otro sin cumplir el

pacto, y entonces la situación legal era la siguiente: el vendedor no podía reivindicar la cosa de manos del tercero, a quien se la había vendido el comprador, pero sí tenía contra éste una acción personal de daños y perjuicios por inejecución del pacto. Había el pacto contrario, que era aquel en que el comprador de la cosa era quien tenía el derecho de obligar al vendedor a retraerla. En este caso, cuando el pacto no era respetado, había también una acción análoga que se ejercía contra el vendedor. El pacto se llamaba *rotroemendo.* El derecho venezolano admite el principio de la venta a retracto, que es el pacto de *retrovendendo,* en su fondo. Una vez admitió también el otro, pero consideraba que el contrato en tal caso no era de venta sub retro, sino de préstamo a interés, con garantía de la cosa vendida. En la actualidad no existe.

Se admitían también en Roma otros pactos en la venta: el *pacto protimeseos,* por ejemplo, el *addictio in diem,* y la *lex commissoria.* Por el primero de dichos pactos, el vendedor de la cosa se reservaba el derecho de ser preferido en la venta, caso de que el comprador se decidiese, más tarde, a venderla. Por el segundo, el vendedor se reservaba el derecho de vender la cosa en mejores condiciones, a cuyo efecto, llegado el caso, se consideraba como no efectuada la venta anterior. Por el pacto llamado *lex commissoria,* el vendedor se reser-

vaba el derecho de hacer depender la venta del pago del precio estipulado, dentro de cierto tiempo, o bajo tales condiciones. Este pacto solía también agregarse a otros contratos.

Había también otros pactos que podían agregarse al contrato de venta, como pasaba con el pacto *displicentiae,* en que el contrato quedaba sujeto a que el comprador encontrase de su agrado la cosa, reservándose el derecho de deshacerlo, caso de disgurtarle; y el pacto de no vender la cosa a nadie o a una persona determinada. El derecho venezolano considera nulo dicho pacto si excede de dos años. [3] Existía también el pacto *anticretico,* por el cual el acreedor se iba pagando con el uso y el goce de la cosa, el capital e intereses que se le debían, imputando los frutos, primero, a los intereses, y luego al capital. Este pacto existe en nuestro derecho bajo el nombre de anticresis. [4] Existía también en Roma el pacto de hipoteca, por virtud del cual el vendedor se reservaba un derecho sobre la cosa, para garantizarse el pago del precio. En el derecho venezolano basta que del documento de venta aparezca que el precio no fué pagado, en totalidad o en parte, para que el pago de uno y otro estén garantizados con hipoteca legal sobre el inmueble vendido. [5]

(3) Artículo 1.287, Código Civil citado.

(4) Artículos 1.929 y siguientes, ya citados, mismo Código.

(5) Artículo 1.956, ya citado, Código Civil.

### PACTOS PRETORIANOS

Así se los llamaba, porque la acción que los hacía legalmente eficaces emanaba del Edicto del Pretor. Los más importantes de estos pactos eran: el de hipoteca, el constituto, y el *receptum arbitrii.* Podría también citarse el *receptum argentariorum.*

### PACTO DE HIPOTECA

Al estudiar la prenda, examinamos el origen y la evolución de este pacto en Roma, así como las diferencias que lo separaban de la prenda.

### CONSTITUTO

Respecto del constituto, debemos decir que tenía estrecha relación con el contrato de fianza. Hemos visto que éste no podía constituirse sino mediante la fórmula de la estipulación. El constituto, por el contrario, podía hacerse por el simple convenio o acuerdo de las partes, sin requerirse ninguna formalidad. El pacto se reducía a prometer que en cierto día se pagaría, por sí o por otro, cierta cantidad de dinero. Cuando la promesa se hacía por otro, o mejor dicho, por la deuda de otro, tenía el carácter de la fianza, y el que lo hacía era, en el fondo, un *fidejussor.* Pero además de la ya apuntada diferencia que tenía con la *fidejussio,* el pacto de constituto podía tener un objeto distinto, o cosa distinta de la obligación principal, con tal de ser del mismo precio, a lo cual se agregaba que

la obligación del constituyente podía ser más onerosa que la principal.

El *receptum arbitrii,* resultaba de la obligación, para el árbitro o juez, de decidir un asunto para el cual habían sido escogidos de común acuerdo por dos litigantes.

El *receptum argentariorum* no existía ya en el derecho bizantino no haber sido confundido bajo Justiniano con el de constituto; pero antes no era sino la obligación que asumía el banquero de que le pagaría a un tercero, por cuenta de otro, cierta cantidad de dinero. El Pretor le daba al tercero a quien no se le cumplía, una *actio receptitia* contra el banquero para que le cumpliera lo ofrecido. Como se ve, pues, lógicamente este pacto no era en el fondo sino un pacto de constituto.

### PACTOS LEGÍTIMOS

Distinguíanse los pactos pretorianos de los pactos legítimos, en que éstos estaban provistos de una acción que les daban las Constituciones Imperiales, al paso que los primeros eran sancionados, como sabemos, por una acción que daba el Pretor. Los principales pactos legítimos eran el compromiso y la donación. El compromiso era lo que denominamos arbitramento en nuestros días, y era un pacto por el cual, dos o más personas, convenían en comprometer, en un árbitro, la decisión de un asunto. La sentencia dictada por el

árbitro se llamaba laudo, *laudum,* y así se llama también en nuestros días. [6] En Roma, como el arbitramento no estaba revestido de una acción, para el caso de que las partes no cumplieran el compromiso, generalmente se le agregaba una cláusula penal. Dictada la sentencia o laudo por el árbitro, producía una excepción; pero el Emperador Justiniano decidió que cuando estaba firmado por las partes y transcurrían diez días consecutivos, sin ser impugnado por ellas, lo cual era signo de haber sido dictado con arreglo a las bases establecidas en el compromiso, fuera obligatorio, y en tal caso se daba una acción contra la parte que se negaba a cumplir lo decidido en la sentencia.

Respecto del pacto de donación, dada la importancia que adquirió por su desarrollo en el derecho romano, ha sido materia de un Capítulo aparte. [7]

---

(6) Artículos 502 a 522 del Código de Procedimiento Civil.

(7) Para mayores detalles sobre los pactos, principalmente respecto del constituto, pueden consultarse: Girard, Cuq, Accarias, Maynz, y Gómez de La Serna, obras citadas.

# CAPITULO XV

## EFECTOS DE LOS CONTRATOS

Debemos comenzar por establecer que algunos autores consideran los efectos de los contratos, de que vamos a tratar, como efecto de las obligaciones respecto de terceros. Pero nosotros, siguiendo en este punto el método de otros expositores que es conforme con el plan seguido por nuestro Código Civil, trataremos, por separado, ambas materias.

En primer término debemos decir que el contrato tiene para los contratantes la misma fuerza que una ley: [1] en propiedad es la ley de las partes, libremente establecida por ellas, y a la cual han querido voluntariamente someterse. De aquí, pues, que de todo contrato nazca una acción, que está protegida por el derecho, para pedir el cumplimiento de lo que fué convenido en el contrato. Cuando el contrato es bilateral, y produce obligaciones para ambos contratantes, cada

---

(1) Artículo 1.198, Código Civil citado.

uno de ellos tiene una acción correspondiente para exigir el cumplimiento de las obligaciones de la contraparte. Pero estos plenos efectos que hoy indiscutiblemente producen los contratos, estuvieron en Roma subordinados al grado de evolución que en cada época del desarrollo del derecho civil fueron teniendo esos principios, porque como sabemos, la acción civil obligatoria para el deudor no era consecuencial sino de los contratos solemnes protegidos por el *jus civile.* Fué más tarde cuando vino a predominar el consentimiento como elemento superior al de la simple formalidad externa, y fué entonces cuando esos contratos del derecho de gentes vinieron a estar reconocidos y amparados por el derecho pretoriano. Esto explica el por qué en Roma, cuando en los contratos bilaterales sucedía que uno de los contratantes no cumplía su obligación, se le daba al otro contratante una excepción de dolo para detener o paralizar la acción del contratante. En los contratos innominados sucedía que la parte que había cumplido podía invocar y aprovecharse de la inejecución de la contraparte para pedir la restitución de lo que había entregado, y de aquí la ya citada regla romana: *condictio causa data non secuta.* En el derecho moderno, como ya se notó, y tal es la regla del Código Civil Venezolano, la condición resolutoria va implícita en los contratos bilaterales, para el caso en que uno de los contratantes no cumpla con la obliga-

ción que se ha impuesto, quedándole al contratante la elección de pedir, o bien la ejecución del contrato, o bien su resolución, con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios en ambos casos. [2]

Consecuencia de la regla anteriormente sentada de ser el contrato una ley privada que era obligatoria para los contratantes que habían convenido en que ella rigiera sus relaciones contractuales, deducían los romanos que los contratos no podían producir efectos respecto de terceros. [3]

En los primeros tiempos del derecho romano la regla tenía un carácter absoluto, y de aquí que no se admitiera ni la trasmisibilidad activa y pasiva de los contratos, ni la representación por otro. Debemos apuntar que, aun cuando en el derecho moderno, y por lo tanto en el Código Civil Venezolano, los contratos no producen efectos sino entre los contratantes, como lo hemos visto, hay una diferencia completa entre nuestro derecho y el derecho romano primitivo al que estamos refiriéndonos, porque, precisamente, el derecho contemporáneo admite, no sólo la trasmisibilidad activa y pasiva de una obligación contractual, sino que ampliamente admite el principio de la representación

---

(2) Artículo 1.231 ya citado, mismo Código.

(3) Artículo 1.205, Código Civil citado. Los contratos, dice este artículo, no tienen efecto sino entre las partes contratantes; no dañan ni aprovechan a los terceros, excepto en los casos establecidos por la Ley.

por otro. La regla del derecho moderno es la presunción de que una persona ha contratado para sí y para sus herederos y causahabientes, cuando no se ha convenido expresamente en lo contrario, o cuando no resulta así de la naturaleza del contrato. [4] Esta regla no fué la del derecho romano sino la inversa, resultante de la evolución jurídica en esa época de los primeros tiempos, en que era la persona misma del deudor la que, en definitiva, debía responderle al acreedor del cumplimiento de una obligación, por lo que era lógico que la obligación fuera intrasmisible y que se extinguiera con el deudor mismo, que era la única prenda que le respondía al acreedor. Pero cuando este concepto evolucionó, y no fué el deudor mismo en su persona el obligado, sino ese deudor representado en los bienes que poseía, o la fe que ponía el acreedor en que sería pagado, fué lógico también que entonces cambiara el rigor de ese derecho, y que los herederos del deudor, como sus continuadores jurídicos que eran, pagaran por él las deudas o las obligaciones que habían encontrado incorporadas en la herencia o patrimonio que de ese mismo causante habían recibido, o exigiesen, a su vez, el cumplimiento de las obligaciones en favor de ese mismo causante las cuales eran, en cambio, haberes que también se encontraban en ese mismo

---

(4) Artículo 1.202, Código Civil citado.

patrimonio. De aquí, pues, que en definitiva se admitió en el derecho romano la transmisibilidad activa y pasiva de las obligaciones, salvo de aquéllas que por su naturaleza misma no podían serlo, como pasaba cuando el contrato había sido contraído *intuitu personae* o cuando las obligaciones tenían el carácter de personal que acompañaba en Roma y sigue acompañando en nuestros días a las acciones de carácter penal. De manera que en cuanto a las demás obligaciones que nacían de un hecho ilícito, si aparecía y lo había en efecto, algún enriquecimiento para el heredero, en la medida de este enriquecimiento ese heredero respondía, en fuerza de la regla de equidad de que nadie podía enriquecerse en perjuicio de otro.

Con la no representación pasó otro tanto en el derecho romano. El principio, categóricamente establecido en el antiguo derecho, mucho más que el que acabamos de analizar, era el de la no representación. Este principio tuvo una gran amplitud, porque no sólo significó que no podía estipularse en provecho de un tercero, sino que una persona no podía representar a otra, en calidad de mandatario, por ejemplo, sin que resultara acreedora o deudora de la obligación que se hacía propiamente por encargo ajeno. [5] Como fácilmente puede

(5) No se puede estipular en nombre propio sino para sí mismo, es la regla que consagra el artículo 1.203 del Código Civil citado y agrega: sin embargo se puede estipular en provecho de un tercero, cuando se hace como condición de una estipulación que se ha hecho

comprenderse, el principio a que venimos refiriéndonos, era una verdadera rémora para el desarrollo de las transacciones en Roma, y de aquí que por una serie de vías hubieran tratado los jurisconsultos de evitar los inconvenientes de la regla sin ir abiertamente contra ella. Hemos visto que en el caso del mandato el mandatario era ante los ojos de la ley el verdadero contratante, porque no estaba admitido el principio de la representación por otro, pero el mandatario lo que hacía era cederle sus acciones al mandante y entonces éste hacía suyo el contrato. Más tarde se creyó que esta cesión estaba llena de complicaciones porque, en los mismos casos de muerte inesperada del mandante o del mandatario, podía producir gravamen irreparable, y entonces el derecho pretoriano le hizo dar un paso adelante al derecho civil y concedió al mandatario una acción útil contra el mandante. El derecho

---

para sí mismo o de una donación que se hace a otro. El que ha celebrado esta estipulación no puede revocarla si el tercero ha declarado que quería aprovecharse de ella.

El artículo 1.204 estatuye: Puede uno obligarse para con otro, prometiendo el hecho de un tercero. Esta promesa sólo da derecho a indemnización contra aquél que se ha obligado o que ha prometido la ratificación del tercero si éste rehusa cumplir la obligación.

La teoría del derecho romano era que si se prometía el hecho de un tercero éste no quedaba obligado, porque no había sido parte en el contrato. El que prometía el hecho del tercero sí quedaba obligado, siempre que, implícita o explícitamente, hubiera manifestado la intención de obligarse, o que hubiera garantizado la ejecución de la promesa por parte del tercero, o que hubiera prometido que el tercero la ejecutaría, y por último, que hubiera habido alguna relación entre esa promesa y la estipulación propiamente, como pasaba cuando el deudor le prometía a su acreedor que le daría un fiador.

contemporáneo ha ido mucho más lejos todavía, y admitiendo francamente el principio de la representación por otro, que es la derogatoria del principio romano de la no representación, ha considerado que, dentro de los límites del mandato, mandante y mandatario son jurídicamente una misma persona.

Podemos decir que antes de Justiniano ni siquiera en provecho de los herederos del estipulante se podía contratar: el guía en tales casos no era otro sino el interés del estipulante. Si había este interés nacía la acción legal correspondiente; si no lo había, no había acción. Y cuando obligado un deudor a ejecutar una obra resultaba que encargaba a otro a su vez de ejecutarla, se presumía que tenía interés el deudor en ejecutarla, pues de no hacerla el delegado, recaían sobre él daños y perjuicios. Los inconvenientes de la no representación estaban atenuados a veces, debido a las peculiares características de la organización de la familia romana, y tal sucedía con los hijos y esclavos del *pater familias* que eran considerados *ipso jure* como instrumentos de adquisición del padre, aun cuando no lo eran en aquellas obligaciones de donde podía derivarse un perjuicio patrimonial para el *pater familias.* Esta confusión de personas entre el padre y el hijo bajo su potestad, entre el *dominus* y el esclavo, que no

eran sino el reflejo de la unidad patrimonial que envolvía el concepto de familia, *familiae*, hacía que lógica y jurídicamente, cada vez que contratasen el hijo o el esclavo, la contraparte no viera sino al que legal y jurídicamente los representaba. Desde un punto de vista estrictamente legal, no era justo, en efecto, que cuando el contrato favoreciera al *pater familias* fuera obligatorio para el deudor, y que no lo fuera para el mismo *pater familias* cuando algún perjuicio podía sobrevenirle. Pero era que, en el fondo, lo que predominaba no era sino el concepto patrimonial de la familia desde el exclusivo punto de vista de la fuerza material que representaba, de donde resultaba que la conservación y aumento de este patrimonio tenían más valimento ante los ojos del legislador de entonces que la falta de lógica jurídica resultante de que fuera válido el contrato cuando era favorable, y nulo cuando fuese adverso. Esta desigualdad odiosa que iba abiertamente contra el principio de igualdad entre los contratantes que tenía su base en el derecho de gentes, trajo, por consecuencia, la necesidad de una reforma en la legislación, y un progreso en el derecho de aquella época, que fué llevada a cabo, naturalmente, por medio del derecho pretoriano. El Pretor consideraba dos hipótesis: la primera, cuando el *pater familias* o el *dominus* habían dado instrucciones o habían autoriza-

do al *alieni juris* para obligarse, y en tales casos daban una acción *in solidum* contra el *sui juris* atendiendo a que el que había contratado con el *alieni juris* no había hecho otra cosa sino tener en mira la persona y el patrimonio del *pater familias* o del *dominus.* Estas acciones, según los casos, las denominó el Pretor: *quod jussu, exercitoria* e *institoria,* como ya lo vimos. Pero si el *alieni juris* no había procedido con orden del *pater familias* o del *dominus,* sino que éste había sacado algún provecho del contrato, entonces, en aplicación de la regla de equidad antes referida, de que nadie podía enriquecerse en perjuicio de otro, se le daba a quien había contratado con el *alieni juris* una acción de *peculio* o de *in rem verso,* según los casos, contra el *pater* o el *dominus.*

Debemos decir, por último, que todos los contratos en el derecho moderno tienen el carácter de contratos de buena fe que obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos según la equidad, el uso o la ley. (6) En Roma, como ya lo hemos expuesto, la causa del contrato era la solemnidad que la ley prescribía para que ese contrato produjera efectos jurídicos, según pasaba, por ejemplo, con la *stipu-*

(6) Artículo 1.199, Código Civil citado.

*latio,* y esta era la categoría de los contratos llamados de derecho estricto. Fué después, al evolucionar el derecho romano, cuando el derecho de gentes, como lo hemos advertido también, le dió predominio al consentimiento, y surgieron entonces los contratos llamados de buena fe, como eran el de sociedad, el de comodato, y muchos más. [7]

(7) Hemos dicho que en el derecho moderno todos los contratos son de buena fe, lo cual no es opuesto a que determinadas convenciones estén sujetas por la ley al cumplimiento de ciertas formalidades, sin cuyo requisito carecerían de eficacia jurídica: así pasa con la hipoteca y con la donación en el derecho venezolano, pero la diferencia con el derecho romano está en que en él la formalidad se exigía *ad solemnitatem,* al paso que el derecho moderno exige, en ciertos casos, como los nombrados, que dichas formalidades sean cumplidas solamente *ad probationem.*

## CAPITULO XVI

## CUASI-CONTRATOS

Ya hemos analizado las obligaciones que tenían su fuente en la Ley, y hemos examinado también las que la tenían en los contratos. Pasaremos ahora a lo que se llamaba cuasi-contratos. Se recordará que el contrato no era sino un hecho lícito que los contratantes libremente establecían para que fuera el objeto de su acuerdo de voluntades. En el cuasi-contrato, por el contrario, bien que el hecho que servía de objeto a la obligación debía ser lícito como en el contrato, no intervenía el acuerdo de voluntades, que era lo característico de éste. Y era que tomando el legislador en cuenta los beneficios o las ventajas que se derivaban para ciertas personas de esos hechos lícitos y no contractuales, análogos en un todo a los que se hubieran derivado de un acto contractual, compelía a los beneficiarios a cumplir las obligaciones que servían de base a aquellos beneficios y a aquellas ventajas, y sin cuyo aseguramiento ni éstas ni aquellas hubieran sido alcan-

zados. Tal era la situación del que se había visto obligado, por ejemplo, a abandonar a Roma inesperadamente, sin tiempo bastante para proveer a la gerencia y defensa de sus intereses, que no perecían ni se arruinaban, gracias a la intervención de un tercero, que sin mandato y espontáneamente, había cuidado de esos intereses y no los había dejado ni deteriorarse ni perecer, para cuyos fines se había visto obligado a contraer obligaciones que a él personalmente no le favorecían, pero que en cambio si beneficiaban al dueño dé esos intereses. Contrario a la equidad hubiera sido no reconocer a este último deudor de esas obligaciones, que aun cuando no emanadas de un contrato de mandato, le habían proporcionado las mismas ventajas que le hubiera procurado este último. En el cuasi-contrato las cosas pasaban como si hubiera habido contrato, y de aquí la expresión representativa de que se valieron los jurisconsultos romanos para designarlo. [1] Los principales cuasi-contratos que encontramos en el derecho romano, y también en nuestros días, son: la gestión de negocios, el pago de lo indebido, la comunidad o indivisión, la aceptación de la herencia, y la administración de la tutela y de la curatela.

---

(1) El artículo 1.206 del Código Civil citado define el cuasi-contrato como un hecho voluntario y lícito, del cual resulta una obligación a favor de un tercero o una obligación recíproca entre las partes.

LA GESTIÓN DE NEGOCIOS

La gestión de negocios era un cuasi-contrato, por el cual una persona, en interés de otra, y sin haber recibido mandato de ella, se encargaba voluntariamente de los negocios de ésta, con la intención de obligarla. De esta definición aparece, pues, que eran dos los elementos esenciales de este cuasi-contrato, a saber: 1º que la gestión se hiciese en interés de un tercero: *utiliter coeptus,* que decían los romanos; y 2º que hubiera habido la intención de encargarse del negocio de otro, *animus negotia aliena gerendi.*

De este cuasi-contrato nacían obligaciones análogas a las que hemos examinado en la teoría del mandato. Así, por ejemplo, el gestor estaba obligado, una vez que se encargaba del negocio de otro, a llevarlo a término, aun cuando el *dominus,* que así se llamaba a la persona en cuyo interés obraba el gestor, hubiera muerto. El gestor de negocios debía poner también en la gestión la diligencia de un buen padre de familia, y por último, debía darle cuenta al *dominus* del resultado de la gestión, restituyéndole cuanto hubiera recibido en su nombre, con intereses y frutos. Para obtener el cumplimiento de estas obligaciones, se le daba al *dominus* la acción conocida con el nombre *actio negotiorum gestorum directa.*

El *dominus,* a su vez, también estaba obligado a cumplir ciertas obligaciones por su parte; en primer

término debía libertar al gestor de negocios de todas las obligaciones, contraídas por él, en la gestión; debía reembolsarle también, todos los gastos necesarios y útiles que el mismo gestor hubiere hecho en su interés. Para hacer efectivas estas obligaciones, se le daba al gestor la *actio negotiorum gestorum contraria.*

Cuando el *dominus* ratificaba los actos de la gestión, tenía ésta para él los mismos efectos que hubiera tenido un mandato; pero no sería exacto decir, como anota Serafini, que la ratificación de la gestión convertía a ésta en mandato. Entre éste y la gestión de negocios había siempre sus diferencias inherentes a la naturaleza peculiar de uno y otra. En el mandato, la consideración de la persona, *intuitu personæ,* desempeñaba un papel preponderante, como dice May; de donde resultaba que al gestor de negocios se obligaba, como lo hemos visto, a continuar y concluir la gestión, aun en el caso mismo de que el *dominus* muriera, lo cual no sucedía en el mandato: que su responsabilidad estaba más atenuada que la del mandatario, pues la condenatoria de éste resultaba infamante, al paso que no sucedía lo mismo con el gestor de negocios. Podía agregarse, finalmente, que el mandatario tenía en Roma el derecho a que se le reembolsaran todos los gastos que había hecho en ejecución del mandato, al paso que al gestor de negocios se le reembolsaban, únicamente, como hemos visto, los gastos útiles.

Tal era la teoría de la gestión de negocios en el derecho clásico, y así ha pasado al derecho patrio. [2]

### PAGO DE LO INDEBIDO

El pago de lo indebido era un cuasi-contrato en virtud del cual, el que recibía una cosa que no le era debida, y que le había sido pagada por error, estaba legalmente obligado a restituirla. [3] La acción destinada a obtener la repetición de lo indebido se llamaba en el derecho romano la *condictio indebiti,* la que ha pasado al derecho patrio con el nombre de acción en repetición de lo indebido. Como lo observa el mismo May, se ve que la obligación del *accipiens,* no se derivaba de una convención, puesto que el que pagaba lo que buscaba era extinguir una obligación y no hacer nacer otra en su provecho, y el *accipiens* no recibía el pago con la intención de obligarse a devolverlo. Sin embargo, como existía analogía con la *mutui datio,* la obligación de restituir el pago indebidamente recibido se formaba *quasi ex contractum.*

Para que hubiera pago indebido se necesitaba que no hubiera sido hecho en virtud de una obligación natural: no podía repetir el pago el deudor que pagaba sin haber opuesto la excepción del Senado Consulto Macedoniano, o la excepción de prescripción,

---

(2) Artículos 1.207 a 1.210, Código Civil citado.

(3) Artículo 1.211, Código Civil citado.

por ejemplo. Bastaba que un simple deber de conveniencia justificara el pago para que la repetición no se hiciera lugar. Si el deudor, sin esperar la época a que una obligación a término se hacía exigible, le pagaba a su acreedor, no se le admitía a repetir el pago. Cosa distinta era cuando la obligación era condicional, y la obligación no se había cumplido: el pago anticipado que se hacía en este caso, sí estaba sujeto a la repetición. Sucedía otro tanto cuando se le había pagado a una persona a quien tomaba por su acreedor el deudor que pagaba, o a quien confundía con el apoderado del mismo acreedor. Podía igualmente repetirse el pago que se hacía, por creerse deudor el que lo hacía, siendo otro realmente el deudor, [4] como pasaba también en el caso de haberse hecho el pago en extinción de una obligación distinta de la que realmente se había contraído. Se exigía, por último, para que hubiera derecho a la repetición del pago, que hubiera habido en quien pagaba, realmente la intención de hacerlo, y no una transacción. Sucedía en Roma que si demandada una persona por el doble, como pasaba en el caso de *infitiatio,* convenía el demandado en pagar la mitad de lo que se le demanda-

(4) El artículo 1.212 del Código Civil citado, dispone que quien por error se creía deudor cuando pagó la deuda, tiene derecho de repetición contra el acreedor. Sin embargo, si el acreedor, por consecuencia del pago, se ha desprendido de buena fe del título y de las garantías relativas a la acreencia, el que ha pagado conserva su recurso contra el verdadero deudor.

ba, se presumía que transigía, para no exponerse a una probable condenación en el duplo, y era lógico que en este caso no se le admitiera a repetir lo pagado. [5]

La comunidad o indivisión, cuya organización legal examinamos cuando hablamos del dominio y de la posesión, nacía cuando dos o más personas resultaban copropietarias de una misma cosa sin haber celebrado un contrato de sociedad. Así pasaba, por ejemplo, en el caso de una herencia, o cuando esas dos personas adquirían juntas alguna cosa o poseían dos predios, o cuando compraban conjuntamente alguna cosa, o bien poseían dos inmuebles contiguos cuyos linderos aparecían confundidos. Tres acciones había en Roma para hacer cesar, en estos tres casos, el estado de indivisión, como ya se notó, acciones que han pasado al derecho patrio a saber: la acción *familiae erciscundae*, la *communi dividundo*, y la *finium regundorum*.

El derecho de pedir la partición se consideró en Roma, y así ha pasado a nuestro derecho, como irrenunciable, cuando se pactaba que la indivisión sería perpetua. La ley ha considerado desde entonces, que no es favorable el estado de indivisión, y de aquí que no lo haya tolerado a perpetuidad. Le ha dado, sí, a cada comunero el derecho de usar y de disfrutar

---

(5) May, obra citada.

de la cosa, y ha llegado hasta permitirle la enajenación de su cuota indivisa en esa cosa. El comunero, pues, podía vender o hipotecar sus derechos, pero tal hipoteca estaba necesariamente sujeta a que se le adjudicara en su lote a ese comunero la cosa que quería hipotecar. El comunero que había gozado de la cosa común, estaba obligado a rendir cuenta a los demás copropietarios, y éstos estaban, a su vez, obligados a indemnizarle los gastos necesarios y útiles hechos en beneficio de la cosa de todos. (6) Ninguna de estas obligaciones era contractual, pero las cosas pasaban como si lo hubieran sido y de aquí el carácter de cuasi contrato que tenía en Roma la comunidad.

De la tutela y de la curatela, nacían también obligaciones en Roma, *quasi ex contractum.* Es evidente que entre el tutor y su pupilo, y entre el curador y la persona bajo curatela, no existía acuerdo previo. Pero de esta situación entre estas distintas personas nacía en Roma la serie de obligaciones que fueron analizadas al ser estudiado el régimen legal que allí tuvieron ambas instituciones, sancionadas por la acción directa de tutela y por la acción contraria, como lo vimos.

Entre el heredero y el legatario, tampoco había convención, pero como el primero era deudor de los legados que había ordenado el testador en su testamento, decían con sobra de razón los romanos, como se dice hoy también, que había un cuasi-contrato.

---

(6) Artículos 748 y siguientes, ya citados del Código Civil.

## CAPITULO XVII

## DELITOS

*Hurto.—Rapiña.—Injuria*

### HURTO

Ya hemos examinado los hechos lícitos que daban origen a los contratos y a los cuasi-contratos. Ahora analizaremos la noción de los delitos, que no eran sino hechos ilícitos de los cuales nacían también obligaciones en el derecho romano.

Este habla en primer lugar del hurto, *furtum,* y de la rapiña o robo. El primero consistía en la sustracción fraudulenta de una cosa mueble, con el ánimo de obtener algún provecho, o bien en la apropiación indebida o uso ilícito de esa misma cosa. Los romanos definían el hurto diciendo: *Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia vel ipsius rei, vel etiam usus possessionisve.*

Ellos decían que había hurto de uso cuando el depositario, por ejemplo, hacía uso de la cosa que le había sido confiada en depósito, o cuando el comodatario le

daba a la cosa destinada a un comodato un uso distinto del que se había tenido en cuenta al hacer el contrato. Decían que había hurto de la posesión, *furtum possessionis,* cuando el deudor prendario, por ejemplo, recobraba sin el consentimiento del acreedor y sin haber extinguido su deuda, la prenda que había dado.

Para que hubiera *furtum,* se exigían, según la definición que antecede, tres requisitos, a saber: primero, la sustracción fraudulenta de la cosa de otro, *(contrectatio rei fraudulosa),* que decían los romanos; segundo, la intención en el agente de cometer un hurto, *(animus jurandi).* Si el agente creía, por ejemplo, que se trataba de su propia cosa, no se consideraba que había hurto. Se exigía, por último, que hubiera habido la intención de sacar algún provecho, *(lucri faciendi),* lo cual equivale a decir que la simple intención de causar un daño no bastaba para caracterizar el delito que analizamos, sino que se exigía también la mira de procurarse una ventaja, como lo nota Serafini.

Del *furtum* nacían dos acciones: la *condictio furtiva* y la *actio furti.* En el antiguo derecho había dos acciones más: la *actio furti concepti* y la *actio furti oblati.* La *condictio furtiva* estaba destinada a obtener la restitución de la cosa robada, con todos sus frutos, y en su defecto, el mayor valor de la cosa, aun cuando hubiera perecido por caso fortuito. Esta acción

correspondía únicamente al propietario de la cosa hurtada o a sus herederos, y podía ejercérsela solidariamente contra el ladrón y sus herederos también, o sea, por el todo, contra cada ladrón, cuando el hurto había sido cometido en asociación. Es evidente que si el propietario había obtenido ya satisfacción plena de uno de ellos, no podía ejercitar la acción contra los otros, lo cual está indicando que la *condictio furtiva* se extinguía, en este caso, al igual de las demás acciones persecutorias de la cosa.

La *actio furti* era una acción penal, destinada a castigar al autor del hurto, con una pena privada, que era del cuádruplo, en el caso del hurto manifiesto, y con una del duplo cuando el hurto era no manifiesto. Se decía que el hurto era manifiesto, cuando el ladrón era capturado con la cosa hurtada, antes de llegar al lugar donde se proponía ocultarla; y no manifiesto, en los demás casos. La acción *furti* competía a todo aquél que tenía interés en que la cosa no hubiera sido hurtada, y por consiguiente, podían ejercerla, no sólo el propietario, sino el poseedor de buena fe, el acreedor prendario, el arrendatario, y, en una palabra, todo aquél que se había obligado para con el propietario de la cosa a responderle de su guarda o conservación. Esta acción podía dirigirse, no solamente contra el ladrón, sino también contra sus cómplices: no bastaba que alguno hubiera dado un simple consejo para que

se cometiera el hurto, para que contra el autor del consejo pudiera ejercitarse la acción: la ley exigía en este caso dos elementos: la cooperación y la intención. Cada una de estas personas respondían *in solidum,* independientemente, las unas de las otras, de suerte que el pago hecho por alguna de ellas no libertaba a las otras. Tenía, sí, una diferencia característica con la *condictio furtiva,* y era que no podía ejercitársela contra los herederos del autor del hurto, lo cual no era sino una consecuencia lógica del carácter penal que tenía.

Por lo que hace a las acciones *furti concepti* y *furti oblati,* basta saber que dan idea de las primeras faces del derecho romano. Así, según la primera, la víctima del hurto, que sospechaba el paraje donde había sido ocultado el objeto sustraído, se presentaba en él desnuda, con sólo un cinturón o tonelete, *licium,* por todo vestido, y un plato que sostenía con ambas manos, *lanx.* Franqueábasele entonces la casa y comenzaba a hacer en ella su pesquisa. Si el objeto era hallado, la persona bajo cuyo poder estaba era condenada al triplo, aun cuando no hubiera sido el verdadero autor del hurto. (1)

La acción *furti oblati* se le daba, justamente, a quien se encontraba en este último caso, para que la

(1) Esta explicación de Heineccio, que es la que generalmente ha prevalecido, ha sido criticada por otros autores, y relegada a la categoría de pura conjetura, como otras más por el estilo; la noción del *furtum conceptum,* que remonta a las XII Tablas, es perfectamente oscura en opinión de los autores que han hecho la citada crítica. (Véase Gómez de la Serna, obra citada, tomo II).

ejerciera contra quien le había confiado la guarda del objeto encontrado, a sabiendas de que se trataba de un objeto robado, o puéstolo u ocultádolo en su casa, donde había sido descubierto. Por medio de esta acción se libertaba el dueño de la casa, que había sido objeto de la pesquisa, y en la pena del triplo se castigaba al que había entregado u ocultado o hecho guardar, en tales condiciones, el objeto robado.

Para completar estas nociones conviene agregar que el delito que estamos examinando, y lo mismo los otros que ya fueron mencionados, pertenecen a los que llamó el derecho romano delitos privados, porque de ellos no nacía ninguna acción de orden público que ordenara su castigo y que hiciera enjuiciable el hecho aun cuando la víctima del delito no se querellase. Las acciones que el derecho romano consentía en los casos del hurto, de la rapiña, el daño contra derecho, y la injuria eran, pues, privadas y no podían ser ejercitadas sino por las personas que habían sido perjudicadas por los hechos que servían de base a esos delitos. El que tenía, pues, interés en que la cosa no hubiera sido hurtada, y lo mismo sus sucesores, tenían la acción de hurto contra cada uno de los autores y cómplices de este delito para que solidariamente pagaran el cuádruplo o el duplo de la cosa hurtada, según los casos de hurto manifiesto o de hurto no manifiesto. Pero comoquiera que esta acción tenía un carácter penal no se

daba contra los herederos del autor del hurto. Desde luego que el dueño de la cosa podía reinvindicarla, y a este efecto tenía la acción reivindicatoria para recobrarla de quien la tuviera, y lo mismo la acción *ad exibendum* que precedía a la acción real persecutoria de la cosa. También tenía el referido dueño la acción llamada condición furtiva que era la que personalmente tenían el dueño de la cosa hurtada y sus herederos contra el ladrón y sus herederos, pero no contra sus cómplices, para que restituyeran la cosa y cuanto le era accesorio, y en su defecto, para que pagaran los daños y perjuicios equivalentes.

Observa el mismo Gómez de la Serna que había dos acciones más en el derecho romano que tenían íntima relación con las que quedan mencionadas, que eran la *expilatae haereditatis* y la acción *rerum amotarum.* De la primera ya habíamos hecho mención al hablar de la herencia yacente: se recordará que dijimos que se daba contra los que habían sustraído cosas de la herencia, teniendo derecho a entablarla los herederos y sucesores del *de cujus.* La segunda era la que competía, después del divorcio, al cónyuge y a sus herederos contra el otro cónyuge y sus herederos para que devolvieran las cosas que durante el matrimonio habían sido sustraídas, ocultadas, vendidas, donadas o

consumidas por el otro cónyuge, cuando el divorcio estaba ya a punto de verificarse. Cuando las cosas hurtadas no podían ser restituidas por la acción en cuestión, se lograba la estimación de esas cosas. A veces por el hecho de haber sido destruidas dichas cosas con la intención de perjudicar al cónyuge reclamante, no era posible hacer su justiprecio, en cuyo caso se pasaba por lo que el dicho reclamante, bajo juramento, declaraba que valían. (2)

### LA RAPIÑA

Se diferenciaba del hurto en que en éste no había violencia, al paso que en la rapiña sí la había. De aquí que fueran idénticos, en todos los demás elementos, ambos delitos. Las acciones que nacían del hurto tenían por lo tanto su aplicación en el caso de la rapiña. Con todo, la acción *vi bonorum raptorum* que nacía de la rapiña, conducía a la imposición de una pena del triple, y como era a la vez persecutoria de la cosa, equivalía al cuatrotantos; al paso que el hurto no manifiesto, como hemos visto, por medio de la acción *furti* no podía obtenerse sino el duplo de la cosa robada.

### INJURIA

Ya hemos tratado, anteriormente, del daño que podía causársele a la cosa de otro: nos ocuparemos

(2) Véase autor citado, tomo citado.

ahora en el que podía hacérsele a las personas, o sea, la injuria. Ya hemos tenido ocasión de emplear esta expresión como sinónima de acto contrario a derecho, y tal fué su significado cuando el derecho romano evolucionó grandemente. Empleábasela, sin embargo, en un sentido restringido, o sea, cuando constituía un ataque dirigido, voluntariamente, a la dignidad de una persona libre, y desde este punto de vista la examinaremos.

Este delito, reprimido primero por la Ley de las XII Tablas, fué luego castigado por el Edicto del Pretor, hasta que la Ley Cornelia vino a fijar definitivamente el criterio legal sobre la materia. La noción que de la injuria aparece en la Legislación de las XII Tablas, obedecía al concepto que caracterizaba el derecho de aquella época. La injuria no era para entonces el acto contrario a derecho a que hemos hecho alusión, sino un simple acto material, más bien, y de violencia, dirigido, no contra la dignidad de una persona libre, sino contra la persona física, o indirectamente, contra el esclavo de esa misma persona libre. No se exigía en esta época la concurrencia del elemento que vino a ser, más luego, uno de los elementos fundamentales de este delito: la intención. Las nociones de la ofensa y del ultraje, que entraron también después en él, no habían aparecido en los tiempos a que estamos refiriéndonos. De ahí las expre-

siones de *membrum ruptum* y de *os fractum* del texto de las XII Tablas, refiriéndose al delito de injuria, que consistía entonces, como lo están indicando aquellas expresiones, en la ruptura de un miembro, como el que le cortaba la mano a otro, o en la fractura de un hueso. Cuando el daño material no llegaba a estos extremos, la injuria era considerada leve: tal era el caso de que una persona abofetease a otra, en cuyo caso la pena era solo de veinticinco ases. Cuando había la pérdida de un miembro o la fractura de un hueso, la injuria era grave, y la pena que se le imponía al autor del delito era la del talión, en el primer caso, y una pena pecuniaria, en el segundo, que llegaba a trescientos ases. Cuando para causarle el daño a la persona libre, era su esclavo, por ejemplo, el que lo recibía, la pena se reducía a la mitad, y el ofensor pagaba ciento cincuenta ases. Como injuria también se consideraba, por la citada Ley Decenviral, el hecho de cortar el árbol ajeno, imponiéndosele, en este caso, al autor una pena de veinticinco ases.

Hemos observado que el concepto de la injuria en el derecho de las Doce Tablas fué puramente objetivo. Se ha sostenido, sin embargo, que la represión de cantos difamatorios en el derecho clásico tenía su origen en aquella Ley; pero parece averiguado que el *malum carmen* y la *occentatio,* que eran castigados con la pena capital infligida por medio de azotes, antes de

entrar en la noción de la injuria eran independientes de todo concepto jurídico de injuria verbal o por medio de escritos o libelos difamatorios. [3]

El derecho pretoriano modificó esta noción concreta y objetiva de la injuria, y sin derogar los casos que el derecho tradicionalista venía considerando como constitutivos de ella, le abrió paso a una nueva noción, que hacía consistir la injuria en una lesión moral al honor de una persona, que se castigaba al par de las lesiones físicas, a que nos hemos referido, con una pena pecuniaria que estimaba el Juez en cada caso, y que se obtenía intentando contra el autor del delito la acción *injuriarum aestimatoria,* que era infamante, pero acción *in bonum et oequum concepta*, porque el Juez, para imponer la pena, se atenía a la fortuna del ofensor, a la calidad del ofendido, y a las demás circunstancias que hubieran rodeado el delito: *ex facto, ex loco, ex persona.* De aquí, pues, que según el derecho pretoriano, el insulto que se le hacía a una persona en público: *convictum adversus bonas mores,* que ellos decían, constituyera una injuria, del propio modo que eran también formas del mismo delito, las palabras o los gestos que pudieran herir el pudor de las mujeres, o de las jóvenes, o cuando se vociferaba en público contra alguna persona, *infamandi causa,* que decían los romanos.

---

(3) *Accentatio* eran cánticos injuriosos a la puerta de alguno. *Carmen carminis* quería decir: versos, poesías y también encantamientos.

La *injuriarum aestimatoria* duraba un año, y le ponia término también la muerte del ofendido. Por consiguiente, no pasaba ni se trasmitía a los herederos de éste.

La Ley Cornelia, dada bajo el régimen dictatorial de Syla, consideró como delitos de acción pública ciertos casos de injuria, como sucedía con el caso de violación del domicilio, *vi domum introire,* y en otros casos, si no análogos, realizados, al menos por una vía de fuerza, hasta que la jurisprudencia hizo extensiva la represión de la Ley Cornelia a todos los delitos de injuria que afectaran esta última forma. El hecho de publicar, componer o escribir un libelo difamatorio, constituía también un caso de injuria, según esta Ley del Dictador, lo cual nos está haciendo ver que a la noción concreta y material de las XII Tablas se había sustituído otra puramente intelectual. Al fin de la época clásica había, pues, dos acciones: la *aestimatoria,* que emanaba del Edicto del Pretor, y la acción criminal, *publicum judicium,* que emanaba de las disposiciones de la Ley Cornelia. El ofendido tenía la elección de ambas acciones, pero una vez que hacía la de una de ellas, quedaba cerrada la vía para la otra. (4)

En el derecho moderno, las lesiones, ya físicas, ya morales, no pertenecen al derecho civil sino al penal.

---

(4) Para mayores detalles consúltese la excelente monografía del Dr. Rafael Herrera Vegas, hijo, "La Injuria" en el derecho civil romano.

Las primeras dan lugar a un procedimiento de oficio contra el autor de ellas, como también sucede en los casos de hurto y de robo; [5] pero la acción pública de la Ley Cornelia no ha pasado a nuestro derecho. En el derecho penal venezolano, la injuria, y lo propio acontece con los delitos de calumnia y de difamación, no dan lugar a un procedimiento de oficio, porque la acción que nace de estos delitos no es pública. Se los reprime, sí, por nuestra ley; pero el enjuiciamiento del culpado no se hace lugar sino por acusación de la parte agraviada. [6] Hay también otra diferencia más: hemos visto que en Roma la acción no pasaba a los herederos ni a los parientes de los ofendidos, en los casos de injuria, al paso que en el derecho penal patrio, aquellas personas pueden hacer uso de la acción, cuando el ofendido ha muerto antes del lapso que le concedía la Ley para intentarla. [7]

(5) Artículos 415 y siguientes del Código Penal; artículo 453 y siguientes, mismo Código; artículos 457 y siguientes, mismo Código.

(6) Artículo 451, mismo Código.

(7) Mismo artículo.

## CAPITULO XVIII

## CUASI DELITOS

Del propio modo que en el derecho romano había hechos lícitos, que, sin estar comprendidos en la categoría de contratos, daban lugar a ciertas obligaciones, había también hechos ilícitos, que, sin estar comprendidos en la denominación de delitos, daban, sí, lugar a que se incurriese en responsabilidad. Los romanos los llamaban cuasi-delitos, *quasi ex delicto, quasi ex maleficio.*

El Juez que, por dolo o culpa lata, dictaba una sentencia injusta, hacía suyo el pleito, como decían los romanos, y estaba obligado a reparar el perjuicio causado. La parte perjudicada tenía una acción *in factum,* cuyo efecto llegaba hasta poder obtener una indemnización equivalente al valor del pleito, o sea el monto de lo que se litigaba, en los casos de dolo. Las XII Tablas castigaban con pena de muerte al Juez prevaricador.

Incurría igualmente en responsabilidad el que colocaba algún objeto sobre un edificio cuya caída sobre la vía pública, podía ocasionar algún daño. El dueño de la casa o el inquilino que con tal hecho hubieran dado ocasión al daño eran responsables, no por delito, sino por cuasi-delito, y se los condenaba a pagar una multa que se había fijado en diez sueldos. Los romanos denominaban este cuasi-delito: *positum et suspensum,* y la acción que emanaba de él la denominaban: *actio depositio et suspensio.*

Incurría igualmente en responsabilidad el que arrojaba sobre una vía pública una materia líquida, o lanzaba alguna cosa sólida, de lo cual pudiera derivarse algún daño para otro. Los romanos, para calificar este cuasi-delito, decían: *effusuum et deiectum.* Decía Ulpiano que si este hecho ilícito ocasionaba la muerte a una persona libre, la acción contra el autor del daño no era privada, sino pública o popular como ellos decían, *popularis,* y la multa en que en tal caso se incurría estaba fijada en cincuenta áureos. Si el objeto lanzado ocasionaba no ya la muerte sino una herida simplemente, el Juez estimaba la indemnización que debía pagarse entonces. Para el herido era perpetua la acción para reclamar, y se la llamaba: *de effusio et deiectis,* pero como era pública también, cualquiera podía intentarla, bien que para éstos duraba sólo un año. La referida acción era de origen pretoriano y servía,

precisamente, para el caso en que no podía conocerse al autor del daño y perseguírsele, por lo tanto, por medio de la *actio legis Aquiliae.* De aquí, pues, que la Ley no se preocupara de descubrir al autor del daño, sino que los que habitaban la casa, aun cuando no hubieran sido los autores del hecho, respondían de él. Si eran muchos, la responsabilidad era solidaria. El efecto de la acción era obtener el duplo del daño sufrido.

Había también en Roma casos especiales por los que se incurría en responsabilidad: tales eran los delitos que cometían los esclavos y los hijos de familia y el daño que causaban los animales. Hemos visto que, si el esclavo en Roma no podía obligarse por medio de un contrato, podía, sí, adquirir para su dueño. Pero en materia de delito no sucedía así, y el derecho romano sometía el esclavo a responsabilidad. Podía decirse que atribuyéndole solamente a éste un valor material, como si se tratase de otra cosa cualquiera, le acordaba a la víctima del daño una especie de prenda sobre el esclavo que le había causado el daño. De aquí que el dueño del esclavo no respondiera en derecho del daño que aquél causaba, y cumpliera con abandonarlo. Este abandono o *noxae dedictio,* que decían los romanos, se hacía por medio de una mancipación. Cuando el propietario del esclavo quería retenerlo, pagaba entonces la composición pecuniaria que el esclavo hubiera pagado de haber sido un hombre libre, o indemnizaba

el daño que el esclavo había causado. De que el dueño del esclavo no era el responsable, es la prueba que la acción no se intentaba sino contra quien resultaba ser su dueño para el día en que dicha acción era intentada: la acción por lo tanto era persecutoria del esclavo de manera que si el autor del delito era un hombre libre el día en que lo había cometido, y caía luego en esclavitud, la acción se intentaba contra quien resultaba ser su dueño; y si el dueño le había dado la libertad, no había acción *noxal*, y finalmente si el esclavo moría antes de que la víctima del daño hubiera intentado la acción, quedaba ésta extinguida.

Los delitos cometidos por los hijos de familia daban también lugar a una acción *noxal;* pero Justiniano suprimió esta acción para tales casos.

Respecto del daño que podrá ocasionar el animal de otro, no se consideraba que emanaba de un delito, y así explícitamente lo reconocían los romanos. Este daño lo llamaban ellos: *pauperies,* y de él nacía una acción llamada de *pauperie,* encaminada a obtener el abandono *noxal* del animal. A la inversa de lo que pasa en el derecho moderno en que es el dueño del animal que causa el daño quien responde, en principio, en Roma es contra el animal mismo contra el que se encamina la acción *de pauperie.* El dueño del animal podía retenerlo, sí, como sucedía en el caso antes analizado del esclavo, pero entonces debía in-

demnizar el daño causado. La muerte del animal, por último, ponía término a la acción. Había finalmente otros casos de responsabilidad *quasi ex delicto* en Roma, como pasaba con el armador de una nave o con el dueño de una posada o de un establo respecto del robo o hurto cometidos en la nave, en la posada o en el establo, por personas que estaban bajo la dependencia de aquéllos. Consideraba el derecho romano, en estos casos, que aun cuando no había habido delito por parte de ellos, había, sí, un hecho de imprudencia por su parte, al valerse de los servicios de malos hombres, *opera malorum hominimus,* que los jurisconsultos romanos decían. La responsabilidad, en el caso del patrono y del posadero, se extendía también a los hechos de los pasajeros y huéspedes. Es innecesario decir que había contra el autor la acción de hurto, y también las acciones de la Ley Aquilia. El patrón y el fondista podían, sin embargo, hacer convenios con los pasajeros y huéspedes para libertarse de tal responsabilidad.

Ahora bien, la teoría del delito y del cuasi-delito, como hemos tenido antes de ahora ocasión de advertirlo, ha cambiado mucho de Roma a nuestros días. Nuestro derecho civil funda esas nociones en la responsabilidad moral del agente; pero hoy tiéndese a ir más lejos todavía, e independientemente de la responsabilidad moral, se aspira a cimentarla sobre una base más amplia, que es la de la responsabilidad social. Por

otra parte los delitos del derecho romano que quedan analizados son materia de sanciones especiales impuestas en el Código Penal y no en el Civil, que sólo se ocupa en imponer la obligación de indemnización de los daños y perjuicios que ocasiona quien, con una intención dañosa o con su simple negligencia o imprudencia, le ha ocasionado un daño a otro.

## CAPITULO XIX

## LEY AQUILIA

Ya hemos examinado el hurto y la rapiña en los cuales existía de parte del agente, como lo hemos visto, la intención de hacer un daño a la propiedad de otro. Nos ocuparemos ahora en examinar la responsabilidad en que incurría aquél que causaba un daño injustamente, o contra derecho, o sea la responsabilidad aquiliana. Los romanos decían *damnum injuria datum,* o delito de la Ley Aquilia.

Llamábasela así, porque había sido el tribuno Aquilio quien la había propuesto. La fecha de la promulgación de este Plebiscito no se conoce exactamente: algunos autores fijan el año 497 de Roma, como probable; otros, y es la opinión más generalizada, hablan del año 469; pero esta fecha, cuyo origen es de fuente bizantina, no está exenta de severa censura. (1) Lo que si está hoy fuera de controversias es el texto

---

(1) Digesto Italiano.

de la citada Ley, y el que las Doce Tablas habían reconocido la necesidad de que fuera resarcido el daño ocasionado por un hecho ilícito, lo cual era la lógica aplicación de los principios fundamentales de derecho: *alterum non loedere,* y *suum cuique tribuere.* Así, por ejemplo, cuando alguno prendía fuego a una casa o a algún granero, incurría en la pena de azotes y en la del talión. Tal sucedía cuando había habido dolo de su parte. Pero cuando sólo era imputable una simple falta, como sucedía en el caso en que el daño se había producido por un simple descuido o negligencia, la responsabilidad era civil solamente como decimos hoy, es decir, limitada al solo resarcimiento. En casos señalados y concretos sí se aplicaban verdaderas penas en Roma en la época de las Doce Tablas, que hemos mencionado, como pasaba con el corte clandestino de árboles en el terreno ajeno, y con los casos de incendio, antes mencionados. Algunos autores, sin embargo, llegan hasta admitir que la citada legislación concedía una acción, de carácter general, que abarcaba todos los casos de daños que podían ocurrir; pero esta afirmación ha dado lugar a dudas y controversias muy seriamente llamadas a ser tomadas en cuenta, llegando algunos autores a negar, categóricamente, que las Doce Tablas hubieran llegado a tener un concepto tan lato y fundamental sobre la materia. [2] Pero el caso es

(2) Misma obra.

que a las disposiciones de las Doce Tablas sobre este punto siguieron otras más, que vinieron más tarde a quedar derogadas cuando se promulgó la Ley Aquilia.

No se exigía, para caer bajo la sanción de esta Ley, que todo acto dañoso estuviera acompañado de dolo: bastaba que hubiera habido culpa, esto es, una falta por ligera que fuera: *in legis Aquilia et culpa levissima venit,* decían los romanos. [3] Se exigía, sí, que del hecho ejecutado injustamente hubiera resultado un perjuicio, un daño. Tal es también en el derecho moderno uno de los elementos que integran la noción jurídica del delito y del cuasi-delito civiles; [4] pero hay una diferencia entre esta noción y la del derecho romano, y es que en Roma el daño debía consistir en ciertos hechos, clara y concretamente establecidos en la Ley. Es por ésto por lo que en el derecho contemporáneo la teoría de la Ley Aquilia ha evolucionado, perfeccionándose, y por lo que en Roma, los hechos ilícitos que ella contemplaba, estaban encerrados y clasificados dentro de los tres Capítulos que ella contenía.

---

(3) Rotondi, en su interesantísimo estudio sobre la Ley Aquilia, afirma que esta distinción no es romana. Autor citado: Dalla lex Aquilia all'art. 1.151, Cód. Civ: ricerche storico-dogmatiche, tomo citado.

(4) Artículos 1.217 y siguientes, Código Civil.

El primero comprendía el caso del que hubiera dado muerte al esclavo de otro o al animal de otro, con tal que éste perteneciera a la categoría de los que pacían en rebaños, *pecudes,* que decían los romanos, y que por extensión llegó a comprender los elefantes y los camellos, asimilados a las bestias de carga: *hominem alienum* era la expresión de que se valía la Ley Aquilia para referirse al esclavo. Cuando se trataba de un hombre libre, que no podía ser objeto de valuación en Roma, como sí lo era el esclavo, entonces no se aplicaba la Ley Aquilia, porque el homicidio caía bajo la sanción de la Ley *Cornelia de sicariis,* cuando el homicidio había sido intencional. Lo que sí se requería para la aplicación de la Ley Aquilia era que hubiese habido dolo o culpa de parte de quien causaba el daño inferido al animal, porque si la muerte del esclavo o el daño inferido al animal se habían producido fuera de tales circunstancias, la consecuencia era la irresponsabilidad del autor.

El segundo Capítulo de la Ley Aquilia se refería a un orden muy diverso. El descubrimiento de las Institutas de Gayo fué el que vino a poner en claro el punto, haciendo que perdieran toda su fuerza y autoridad las conjeturas de algunos expositores, Cujas e Heineccio, entre otros, debidas a la falta de datos precisos sobre la materia. Pero el referido descubrimiento vino a hacer inútil toda controversia, y a demostrar

que el mencionado Capítulo de la Ley Aquilia daba una acción al estipulante y a sus herederos, para indemnizarse de los perjuicios que le hubiera causado al primero el adstipulante, que por fraude hubiera libertado de la deuda al deudor, valiéndose de una aceptilación. Es de observar que como en caso tal podía ejercitarse la acción de mandato contra el adstipulante, la ventaja que había en decidirse por la de la Ley Aquilia estaba en que, por medio de ésta, si sucumbía el demandado incurría en la pena del duplo. Es de advertir también, que habiendo caído en desuso para la época de Justiniano la adstipulación, carecía de interés para entonces el segundo Capítulo de la citada Ley en examen.

El tercer Capítulo de la Ley Aquilia tenía ciertamente una aplicación más general, porque se refería a todo daño material no previsto en su primer Capítulo. Cuando no se llegaba, por ejemplo, a la muerte del esclavo ajeno o del *pecudes* de otro, se incurría entonces en la responsabilidad prevista en dicho tercer Capítulo, como pasaba igualmente en los casos de destrucción o simple deterioro de una cosa inanimada, mueble o inmueble. Se exigía, para que pudieran tener aplicación los principios de la Ley en examen, que el hecho que ocasionaba el daño hubiera sido positivo: una simple omisión no bastaba; y para que así no sucediera se requería en Roma que una relación

obligatoria impusiese el deber de hacer alguna cosa. Se exigía también que el daño lo hubieran ejecutado en persona el agente sobre una cosa material: *damnum corpore e corpori datum* era la expresión de que se valían los romanos. La jurisprudencia amplió más tarde este concepto del daño, haciendo incurrir, por ejemplo, en responsabilidad, al que había dejado morir de hambre al animal de otro o lo hubiera hecho lanzarse al abismo, o hubiera preparado el veneno que otra persona le administraba a la víctima. En estos casos era evidente que el daño no recaía *corpore.* Finalmente se exigía que el daño hubiera sido hecho contra derecho, de manera que no incurría en responsabilidad aquiliana la persona que mataba al esclavo de otro en defensa propia, ni aquél que al usar de un derecho perjudicaba a otro. Tal era el caso que contemplaba Ulpiano del que construyendo sobre su terreno suprimía las vistas de su vecino, o el que consideraba Próculo, del propietario que haciendo trabajos en su predio, cortaba la fuente de que venía aprovechándose un colindante suyo. Debe, sin embargo, tenerse en cuenta que recientes teorías del derecho moderno se han apartado de estos principios, sin que podamos decir que esas nuevas teorías hayan llegado a triunfar por completo.

La Ley Aquilia no protegía, en principio, sino al que era propietario de la cosa dañada, pero la juris-

prudencia fué haciéndola extensiva también a los que sólo tenían un derecho real fraccionario sobre la cosa, hasta que Justiniano hizo otro tanto con el locatario, que era un simple tenedor precario.

De la Ley que examinamos nacía una acción que los romanos llamaron: *actio legis aquiliae,* acordada en favor de la víctima de los delitos previstos en ella, y acción mixta, porque al carácter penal que tenía, se agregaba también el civil, de ser reparadora del daño material causado. Si se trataba de los delitos a que se refería el primer Capítulo de la Ley, el que había dado muerte a un esclavo, por ejemplo, era condenado a pagar el mayor valor que hubiera adquirido el esclavo en el año que había precedido al delito, sin tomar en cuenta el que el esclavo se hubiera hecho cojo o manco durante ese año y estuviera en tal estado al cometerse el hecho culpable. Si el autor del delito negaba el hecho, y se le comprobaba en juicio que si lo había ejecutado, se le condenaba entonces en el duplo. Si se trataba, no ya de la muerte de un esclavo, sino de un daño o deterioro causado a la cosa de otro, el autor del daño era condenado a pagar el mayor valor que la cosa había adquirido, en los treinta días precedentes al daño.

Como se ve, pues, la Ley Aquilia tuvo un campo limitado en los primeros tiempos, porque promulgada exclusivamente en interés de los ciudadanos romanos,

no se extendía a reparar el daño que se le causaba a un extranjero. Más tarde fué colmada esta laguna; y entonces se le dió una acción *in factum* al extranjero. Lo mismo aconteció con la noción restringida del delito que hacía incurrir en la responsabilidad de la *legis aquiliae* y que, como lo hemos visto, fué pasando de la materialidad primitiva que la caracterizaba, a una noción más subjetiva, que no llegó en Roma con todo a la amplitud que el derecho moderno le ha dado a la responsabilidad civil. Fué realmente un gran progreso en la legislación romana la responsabilidad aquiliana y su evolución allí, fundada en la noción abstracta del delito civil que iba desde el dolo hasta la leve imprudencia, en vez de lo que fué el concepto materializado y concreto de los primeros tiempos. Así se comprende que la sabia teoría romana del plebiscito aquiliano en examen, haya sido todavía en nuestra época el sostén de la misma teoría. Pero ya este concepto va cambiando, y a la responsabilidad fundada en la culpa va sustituyéndose el criterio de la responsabilidad fundada en el riesgo, principalmente en materia de accidentes del trabajo o industriales, en los que la responsabilidad tradicional que había venido pesando sobre el obrero, fundada en que el daño causado en él es la obra de su imprudencia, cuando no puede comprobarse que la causa estuvo en el patrono, ha venido a gravitar precisamente sobre este último, fundándose

el nuevo concepto de la responsabilidad en que el accidente se produce, no por la imprudencia culpable del obrero, sino por la familiaridad que se establece, por razón de su oficio, entre ese obrero y la máquina de que se sirve, lo cual hace que resulte injusta la imputación de un descuido culpable. [5]

Con sobra de razón, observa Rotondi, que en el derecho moderno vigente, el único instituto que por su estructura y esfera de aplicación corresponde, verdaderamente, a la acción de la ley Aquilia romana, es el delito de daños: artículo 424 del Código Penal Italiano, igual al 475 del Código Penal Venezolano, y no a lo que la doctrina entiende por delito civil, según el artículo 1.151 del Código Civil Italiano, igual al 1.217 de nuestro Código Civil que dice así: "Todo hecho del hombre que causa un daño a otro obliga a aquél por cuya culpa ha sucedido el daño, a repararlo". La referida analogía entre la Ley Aquilia y el mencionado delito del Código Penal, la encuentra de auténtico origen romano el erudito autor citado, quien trae a cuento, en corroboración, el sistema clásico romano que consideraba al hurto, a la rapiña y al delito de daños, como delitos privados que acarreaban penas privadas para sus autores, que se imponían por la vía del procedimiento civil, y no por la del enjuiciamiento

(5) Véase Joseph Charmont: "Les transformations du Droit Civil".

criminal, lo cual no obstaba para que casos especiales de esos mismos delitos fueran tenidos como *crimina publica,* por considerárselos lesivos de un interés colectivo que ponía en manos del Estado su represión por medio de una pena pública. Como sólido complemento de esta doctrina, cita Rotondi el ejemplo señaladísimo de la evolución del delito de injuria, que en los casos de atentados a la libertad personal y violación del domicilio, así como en los de corrupción de mujeres y de menores, y de libelos infamatorios, los hacía caer bajo la sanción de la *lex Cornelia* que instituía una *judicium publicum rei private* que no era sino una figura híbrida entre la acción penal privada y el juicio criminal. Bajo Justiniano queda modificado el estatuto clásico de la Ley Aquilia, y la doctrina de la culpa, que siempre había sido reservada en el derecho romano a materia contractual, y que más luego fué extendida a los casos de responsabilidad en que había habido dolo, pero basada en el derecho clásico sobre la simple imputabilidad objetiva del hecho dañoso, fué alterada bajo el citado Emperador. Ya entonces la doctrina clásica de la Ley Aquilia, al perder su elemento distintivo de la objetividad material del daño, quedó desnaturalizada, a lo cual se agregó la obra de los compiladores que hicieron en ella interpolaciones que han contribuido a oscurecer la materia. [6]

---

(6) Véase autor citado, materias y tomo citados.


LIBRO CUARTO

## CAPITULO I

## DE LA ORGANIZACION JUDICIAL DE LOS ROMANOS

### *Generalidades.—De los diversos sistemas procedimentales*

Como en el Rey estaban reunidas las cualidades de jefe único, a la vez civil, militar y religioso, era lógico que en los tiempos primitivos de Roma tuviese él el poder de administrar la justicia, lo que hacía generalmente en público, revestido de sus insignias, acompañado de sus lictores, y a presencia del acusado, cuando se trataba de asuntos penales, o de los litigantes, cuando se trataba de asuntos civiles. Estos actos de administración de justicia se verificaban en días previamente señalados para ello, precisados más tarde en el Calendario de Numa. El Rey podía encargar a un delegado suyo de administrar la justicia en su nombre; y podía también, si quería, consultar al pueblo en los casos en que se trataba de la pena capital, *provocatio ad populum.* El Rey reprimía los delitos

que se consideraban públicos, por ser lesivos del Estado Romano, como pasaba con el asesinato que le sustraía un ciudadano a Roma y un soldado también al ejército; lo mismo que con la remoción de los lindes de una propiedad privada; y, en una palabra, con todos aquellos actos que castigaba el *Fas,* antes de que la noción del *Jus* se independizase de aquél, como ya lo tenemos explicado. Los demás delitos, que podían constituir una lesión o un daño a los simples intereses particulares, o los reprimía la autoridad del *pater familias,* o no daban origen, en los primeros tiempos, sino a la venganza del ofendido.

Parece averiguado que antes de llegar a formarse todo un sistema procedimental, como pasaba, por ejemplo, con las *legis actiones,* existían una serie de fórmulas y de ritualidades, mezcladas a veces de pantomimas, destinadas a los medios de que querían valerse los particulares para obtener reparación de los actos de que eran víctimas, como pasaba, por caso, cuando se trataba del hurto manifiesto, o cuando después de cometido el hurto, la víctima se daba a la tarea de descubrir la cosa robada: *quaestio lance licioque.* Pasaba otro tanto con la *manus injectio,* si el deudor no presentaba un fiador, el *vindex:* en la *vindicatio,* si el que se pretendía propietario de una cosa no veía paralizado más bien su acto que su acción, por el empleo de las mismas ritualidades, pero contrarias, del

detentador de la cosa, quien a su vez podía pretenderse también propietario. Desde luego que estos casos en que al derecho del actor correspondía una pretensión contraria por parte de la persona contra quien él actuaba, fueron los que hicieron sentir la necesidad de que fuera un tercero quien dirimiese la controversia, después de averiguar de parte de quien estaba la justicia. No se sabe desde luego el momento preciso en que fué dado este paso en la senda del procedimiento judicial, y en el que apareció la Magistratura Civil Romana. Pero cuando llegamos a encontrar el sistema de las *legis actiones*, es evidente que el procedimiento se seguía entonces ante el Magistrado. Esta necesidad, que nacía del derecho puramente privado de los romanos, en que sólo entraba en juego el interés de los particulares, y no el interés del Estado Romano, no extendió más los poderes del Rey, propiamente; pero era natural que siendo éste el Jefe Supremo del Estado Romano, y reuniendo en su cetro, como lo hemos visto, todos los poderes, así de orden público como de orden religioso, se pensase en él, y fuera él, el escogido para dilucidar las controversias entre los particulares, del propio modo que tenía el poder omnímodo que sabemos para administrar la justicia pública.

A la caída de la realeza, como ya lo notamos, los poderes del Rey, que antes estaban reunidos en una sola potestad, que él representaba y ejercía, empeza-

ron a separarse; y es entonces cuando el poder de juzgar y de administrar la justicia, pasa a magistrados especialmente encargados de esta función pública. Ya el Cónsul no ejercerá la función real de imponer la pena capital; los poderes judiciales, que antes tenía indiscutiblemente el Rey, quedan reducidos a un simple derecho de vigilancia y de policía, propiamente dichos. Los Decenviros recibirán el encargo de preparar la codificación del Derecho; los Tribunos Militares ejercerán funciones consulares y, en definitiva, la aparición del Pretor hará que esta Magistratura sea la encargada de pronunciar la Justicia que ya antes ejercían temporalmente los Decenviros cuando alternaban con el Magistrado Consular en esta alta función pública de Roma. Así de progreso en progreso van separándose, durante la evolución del derecho, los poderes que en su origen ejercía solamente el Rey, hasta que al Cónsul lo reemplaza de un todo el Pretor en lo que concierne a la Administración de la Justicia civil. Desde este momento la jurisdicción contenciosa queda del resorte exclusivo de la Pretura, y de aquí que, a partir de ese momento que marca una de las jornadas más felices del derecho romano, el asunto que se lleva ante el Cónsul no lo decide ni lo resuelve este Magistrado, sino que de esta función se encarga el Juez único, *unus judex,* ante quien remite a los litigantes, o un árbitro, *judex arbiterve,* libremente escogido por los litigantes

mismos, cuando éstos se ponían de acuerdo, o sacado a la suerte de una lista de candidatos que el Senado Romano se encargaba de preparar previamente. (*)

### DE LOS DIVERSOS SISTEMAS PROCEDIMENTALES

Hubiera sido ilusorio haber tenido solamente derechos, sino hubiera existido un medio legal coercitivo que hubiese permitido hacer reconocer esos derechos u obtener indemnización por los perjuicios ocasionados por el desconocimiento de esos mismos derechos. Este medio legal coercitivo fué el que se llamó acción en el derecho romano, y por el cual quedó desde luego descartada toda idea de que el individuo pudiera hacerse justicia por sí mismo, pues la acción debía siempre ejercerse ante la autoridad encargada de administrar la Justicia. Había casos en el derecho romano en los que era permitido actuar sin necesidad de una acción legal que se incoara ante el Magistrado, como pasaba, por ejemplo, cuando el padre sorprendía a la hija en flagrante delito de adulterio, en cuyo

(*) Estas expresiones: *judices, arbitri* y también *recuperatores,* que empleó el derecho romano, no han dejado de suscitar sus dudas cuando en el derecho contemporáneo se las ha traducido, las dos primeras, principalmente, por los vocablos juez y árbitro, y se ha tratado de explicarlas, en sentir de algunos expositores, sin hacer discriminación entre los jueces que en Roma conocían ya de las causas civiles, ya de las criminales. Las investigaciones llevadas a cabo a este respecto, han permitido sentar que tanto los *civil judices* como los *criminal judices* eran elegidos por los litigantes o por el acusador o el acusado de una lista oficial, *(album judicum),* de la cual no podían formar parte, en los primeros tiempos, sino los Senadores, pero que luego fué extendiéndose a otras clases, llegando bajo Augusto a formar parte de ella 4.000 personas. (Pueden verse a este respecto completos detalles en Scherman, obra citada, Tomo II, en la sección: The Roman Judicial Organisation).

caso podía matarla impunemente, derecho éste que también se le reconocía al marido con respecto al cómplice del mismo delito, sorprendido también *in fraganti.* Pasaba otro tanto, con arreglo a lo estatuido en las XII Tablas, cuando se le daba muerte al ladrón nocturno, hiciera o no resistencia: *quoque modo,* según el decir de Cicerón; pero salvo estos y otros casos que constituían excepción, la regla del derecho romano era la de que nadie podía hacerse justicia por sí mismo, y de aquí las penas en que incurrían los que no se sujetaban a este precepto, por lo que en la época de Marco Aurelio se llegó a que perdiera su acreencia el acreedor que empleaba la fuerza para hacerse pagar. [1]

Justiniano en las Institutas reprodujo la definición que Celso había dado de la acción así: *jus persequendi in judicio quod sibi debetur.* Con arreglo al sentido puramente romano en que el citado jurisconsulto tomó y empleó la expresión *in judicio,* la acción era el derecho que acordaba el Magistrado de perseguir ante un Juez lo que al reclamante se le debía, definición que se conformaba con los tres sistemas de procedimiento que se desarrollaron en el curso del derecho romano, como luego veremos. Pero la generalidad de los autores de procedimiento traducen la citada definición del jurisconsulto romano en el sentido

(1) Véase Digesto.

de perseguir en justicia lo que se le debe a una persona, y ello tomado en el más amplio sentido de la palabra, para comprender no sólo lo que a esa persona se le debe, que es el caso de las llamadas acciones personales, sino lo que le pertenece también, que es el caso de las llamadas reales.

Como pasaba con todas las instituciones del derecho romano que iban evolucionando con el trascurso del tiempo y con las necesidades especiales de cada época, así el procedimiento no fué un sólo sistema, sino un organismo jurídico que iba lentamente progresando y simplificándose. Comenzó por el sistema llamado de las Acciones de la Ley: a éste siguió el de las Fórmulas, y por último vino el Sistema o Procedimiento Extraordinario.

## CAPITULO II

## ACCIONES DE LA LEY

*Acciones de la Ley.—Actio Sacramenti.*

*Actio per judicis postulationem*

El primer sistema, o sea el de las acciones de la ley: *legis actiones,* fué el procedimiento de los tiempos primitivos del derecho romano, el que desenvolvieron más tarde las XII Tablas y se extendió hasta la época del nacimiento de Cicerón, aproximadamente. Como sucedía con las demás instituciones de esa época, el sistema estaba mezclado con formalidades complicadas, seguidas de pantomimas, gestos y palabras, que debían cumplirse de una manera sacramental, de tal suerte que la menor omisión en que se incurriera, acarreaba la pérdida del proceso. La expresión *legis actiones* designaba sencillamente la manera de proceder, la vía que elegíase para obtener justicia ,la forma que podía emplearse a tal efecto, y ésta estaba señalada en el derecho romano primitivo por cinco acciones que eran:

*la actio sacramenti; la condictio; la judicis postulatio,* la *manus injectio* y la *pignoris capio.* Era discutible si la expresión *legis actiones* venía de que eran establecidas por la Ley en una época en que el Edicto pretoriano, que creaba otras acciones, no estaba todavía en vigor, o porque reproduciendo los términos mismos de la Ley, eran como ésta inmutables; pero lo cierto es que ligadas rigurosamente al más estricto cumplimiento de los gestos y de las palabras sacramentales que debían emplearse al hacerse uso de ellas, cuando había el más leve error en el fiel cumplimiento de aquéllas, la sanción era la pérdida del proceso, tal como pasaba con la noción de causa en los contratos, en el derecho también de los primeros tiempos. Gayo menciona un caso que es conocido y citado por todos los autores: el del propietario de unas viñas que habían sido cortadas por otro, y quien al intentar su acción contra el autor del daño para resarcirse del perjuicio causado, empleó la palabra *vites,* que era la que convenía al caso concreto, en vez de la palabra *arbores,* que era la que empleaban las XII Tablas, lo cual le acarreoó por consecuencia la pérdida de su proceso .

Hemos dicho que eran cinco las *legis actiones:* la *actio sacramenti,* la *judicis postulatio,* la *condictio,* la *manus injectio,* y la *pignoris capio.* De éstas, las tres primeras se refieren al procedimiento judicial, propiamente dicho, y las dos últimas a los medios de ejecu-

ción. Desde este punto de vista la *manus injectio* y la *pignoris capio* no eran propiamente acciones.

Tanto en Roma como en nuestros días el procedimiento judicial, o sea el ejercicio de una acción, comenzaba por el emplazamiento o citación del demandado ante el Magistrado; pero en Roma era un acto privado que efectuaba el actor mismo; al paso que en el derecho moderno es siempre practicado por el Alguacil del Tribunal, que es un oficial público. [1] La citación o emplazamiento era, pues, en Roma, el primer paso de una demanda o acción ante la Justicia, y se lo denominaba: *in jus vocatio.* Limitábase el actor a notificarle a su adversario que lo siguiera ante el Magistrado, valiéndose para ello de palabras sacramentales: *in jus te voco; in jus veni; in jus sequere; in jus eamus.* El demandado estaba obligado a seguir al autor de esta intimación, y cuando se oponía, el actor estaba autorizado por la ley a llevarlo de viva fuerza, *obtorto collo,* que ella decía. Sólo había un caso en que el demandado no estaba obligado a seguir al actor, y era cuanaquél presentaba un *vindex,* que prometía presentarse por el demandado, y asumir su defensa, pero debe tenerse en cuenta que este *vindex* era propiamente un fiador de una naturaleza especial y no un defensor o

(1) Artículos 242 y 243 del Código de Procedimiento Civil de 4 de julio de 1916, que es al que se referirán estas concordancias.

apoderado del demandado, porque en el sistema en examen el litigante no podía estar representado por otro, sino que debía personalmente hacerle frente al proceso. [2]

No podía hacer resistencia el citado, ni tampoco podían sus parientes y amigos libertarlo de las manos del demandante. Si el demandado oponía alguna resistencia, entonces el actor buscaba testigos a quienes les tocaba la oreja pronunciando a la vez estas palabras sacramentales: *licet antestari.* En cambio el demandante no podía penetrar en el domicilio del demandado para la *in jus vocatio,* porque el hogar de un ciudadano romano era considerado un asilo inviolable. Podía suceder que el demandado estuviera inválido, y en este caso debía suministrarle el actor los medios de trasporte necesarios para su comparecencia ante el Magistrado.

Cuando demandante y demandado llegaban a presencia del Pretor, cumplían con las formalidades especiales que organizaban cada una de las nombradas acciones, y discutían el asunto entre sí. Había casos en que el Pretor decidía, pero otros en que designaba un Juez que debía dirimir la controversia. Tal era el caso

---

(2) En casos excepcionales se admitía la representación por otros: *pro populo, pro libertate, pro tutela.* Algunos expositores han admitido la posibilidad de un mandatario judicial, *(cognitur),* en esta época. Véase Declareuil, obra citada, en el Capítulo "La Justice dans la Cité. La Procedure Civile".

cuando el procedimiento escogido por las partes era el de la *per judicis postulationem,* y el de *per condictionem,* siendo dudoso el caso, por lo menos, antes de la ley Pinaria, como lo observa sagazmente Bonjean. Cuando terminaba la discusión, las partes pedían que se les nombrase un Juez, lo cual hacía el Pretor, no inmediatamente, sino treinta días más tarde, plazo éste que se les daba a las partes para que volviesen de nuevo ante el Magistrado, lo cual se hacía por medio de una promesa recíproca que prestaban de comparecer en dicha fecha, y que se llamaba *vadimonium.* Debían también las partes presentar fiadores que garantizasen la ejecución de esta promesa, y a esos fiadores se los llamaba *vades.*

Nombrado el Juez ante el cual debían comparecer demandante y demandado, el uno y el otro debían comparecer ante él al tercero día, y el asunto entraba entonces en el estado que llamaban los romanos: *res comperendinata.* Es opinable si para esta comparecencia debían de nuevo cumplir las partes litigantes con las formalidades de otro *vadimonium,* como pasaba indiscutiblemente en el caso del emplazamiento que hacía el Magistrado para proceder a la designación de un Juez. Es también discutido entre los expositores del derecho romano, si la *litis contestatio,* que vino a tener un carácter importante y muy definido en el sistema llamado formulario que siguió al de las ac-

ciones de la ley, como lo hemos visto, se verificaba antes del nombramiento del Juez, o después de esta elección, o después de la *comperendinatio* a que acabamos de aludir. Pero lo averiguado es que la *litis contestatio* era una formalidad esencial en el sistema de las acciones de la ley, que las partes debían cumplir necesariamente antes de que el Juez examinara y apreciara las pruebas y dictara su fallo. Cumplidas, pues, las formalidades de la *litis contestatio,* las partes presentaban y evacuaban sus pruebas, hacían la exposición oral a que daba origen la discusión de los hechos, o de la tesis de derecho que cada litigante formulaba, y en definitiva, el Juez, dictaba su sentencia. Sentados estos principios pasemos a ocuparnos en el examen especial de cada una de las nombradas acciones.

### ACTIO SÁCRAMENTI

Dábasele a esta acción el nombre de *actio sacramenti,* porque tanto el demandante como el demandado, debían, previamente, depositar en manos del Pontífice cierta cantidad de dinero que se llamaba *sacramentum,* y la cual perdía en beneficio del culto, *sacra publica,* aquel de ellos que sucumbía en el proceso, y de aquí, los nombres *sacramentum justum* o *injustum.* [3] Con el trascurso del tiempo, en Roma se cam-

---

(3) En el derecho venezolano el litigante temerario que sucumbe en el juicio es condenado a pagar o satisfacer las costas del juicio como sanción a aquella temeridad o mala fe, según los casos: (artículo 172, Código de Procedimiento Civil citado); pero en él no existe nada igual a la institución que estamos historiando.

bió la consignación real del *sacramentum* por simples garantías que daban las partes, pero el resultado era, en el fondo, el mismo, porque al hacerse efectiva sobre los bienes ofrecidos por el que resultaba perdidoso, se hacía una adjudicación en beneficio del Tesoro Público. La ley de las XII Tablas fijaba el *quantum del sacramentum* en cada caso, y cuando el monto del asunto era de mil ases, el del *sacramentum* era de quinientos, y sólo de cincuenta ases, cuando el interés del litigio era inferior de mil ases o cuando se trataba de un asunto de libertad. Por lo demás, el procedimiento de la *actio sacramenti* equivalía, digamos, a lo que se llama procedimiento ordinario en nuestros días, [4] porque tenía un carácter general, que se aplicaba, no solamente a todos los casos de acciones reales o personales, sino a todos los demás que no tenían por la ley una tramitación especial; y las sumas depositadas venían a ser como expresión objetiva del elemento psicológico de la buena fe de ambos litigantes que debía servirle de fundamento indispensable al litigio.

De acuerdo con el carácter primitivo que tenía el derecho romano de los primeros tiempos, consecuencia desde luego de la misma poca extensión que había alcanzado entonces el lenguaje, la acción *sacramenti* estaba rodeada de verdaderas pantomimas cuando se

---

(4) Artículos 234 y siguientes, Código de Procedimiento Civil citado.

refería, especialmente, a los procesos en que se ventilaban cuestiones de propiedad; y así, cuando se trataba de cosas muebles, que eran objeto del litigio, la cosa misma debía llevarse ante el Magistrado. Tocábala el actor con la *festuca* o *vindicta,* que era el símbolo de la propiedad quiritaria, como lo vimos, y pronunciaba en presencia del Magistrado las palabras sacramentales que prescribía la ley, lo cual hacía también, a su turno, el demandado, y ambas partes simulaban entonces el combate que se llamaba *manum conserebant,* y al cual ponía término el Magistrado pronunciando, a su vez, una fórmula sacramental. Afirmaba entonces su derecho el actor mediante el pronunciamiento de otras palabras solemnes que prescribía la ley: *Postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris?,* a las que contestaba el demandado con estas otras: *jus peregi sicut vindictam imposui,* y se procedía entonces a la constitución del *sacramentum.* Era natural, que en presencia de las opuestas pretensiones de ambos litigantes, alguna medida tomase el Magistrado respecto de la posesión de la cosa litigiosa, y de aquí que él diese, provisionalmente, esa posesión a alguno de ellos. Desde luego que la situación legal del otro litigante quedaba ampliamente garantizada, porque el que obtenía la posesión provisoria debía dar prenda de restituir la cosa y los frutos que ésta hubiera producido, caso de no ser confirmada, en definitiva, aquella pose-

sión. Evacuaban luego sus pruebas los litigantes ante el Juez respectivo, cuando éste era nombrado, y venía luego la sentencia.

Cuando se trataba de inmuebles, entonces lo que hacían los litigantes era trasladarse al terreno acompañados del Pretor, formalidad ésta que se llamaba *deductio,* y allí cumplían con las mismas formalidades y con las mismas pantomimas que se empleaban en materia de muebles. Más tarde, las múltiples ocupaciones que tenían los Pretores les impedía trasladarse al terreno, por lo cual lo que hacían entonces las partes era ir acompañadas de testigos que dieran luego fe ante el Magistrado de haber cumplido con las referidas ritualidades. Traían consigo algo que formara parte del inmueble: un pedazo de tierra endurecida, por ejemplo, o algo que perteneciese al edificio objeto del litigio, cuando se trataba, no de un campo, sino de una construcción, y con estos objetos hacían ante el Magistrado el simulacro de la reivindicación, habiendo ya efectuado ante los testigos, sobre el terreno mismo en disputa, el simulacro del combate. Pero al fin se consideró realmente inútil la traslación en persona de las partes al inmueble controvertido, y se simuló la *deductio* del propio modo que se simulaba también la *manuum concertio.* [5]

---

(5) La prenda o depósito que hacía el litigante a quien el Pretor adjudicaba o daba la posesión provisional de la cosa litigiosa, para asegurarle a la contraparte la restitución de esa cosa y de sus frutos, caso de no ser mantenida aquella decisión, se llamaba *praedes litis et vindiciarum.*

## ACTIO PER JUDICIS POSTULATIONEM

Esta acción ha dado origen a controversias entre los autores, porque falta por completo el pasaje en que Gayo la examinaba. De aquí que hayan creído algunos expositores que se trata de la misma acción *sacramenti* a que antes nos referimos, en lo concerniente al nombramiento de un Juez que decidiera el asunto, por demandarlo así los propios litigantes. Sostienen otros que antes de la ley Pinaria no había nombramiento o designación de Juez en la citada *actio sacramenti,* y que, en consecuencia, para alcanzar dicho objeto, debía recurrirse a la acción que examinamos. Pero otros, finalmente, y es quizás la opinión más verosímil, [6] sostienen que la diferencia de las dos acciones consistía en que la vía de la primera, o sea la *actio sacramenti,* acarreaba la pérdida del *sacramentum,* para aquél de los litigantes que sucumbía en el litigio, al paso que cuando la acción escogida era la *judicis postulationem*, el nombramiento o pedimento de un Juez era el objeto principal de la acción, no había consignación de *sacramentum* ninguno, y no había, por consiguiente, peligro ninguno, a este respecto, para el litigante que perdía el proceso. Ahora bien lo que parece más averiguado es que la acción *sacramenti* era

(6) Véase la excelente monografía de Bonjean, "Traité des Actions", Tomo I.

el procedimiento ordinario digamos, y que había casos especiales que no podían tramitarse por él, como pasaba con las acciones que luego fueron llamadas mixtas en el procedimiento extraordinario, como pasaba con la acción de deslinde, con la de partición, con la de disolución de la comunidad, en que el carácter mismo de estas acciones, y su naturaleza especial excluían, lógicamente, los riesgos de la *actio sacramenti.* [7]

---

(7) En éste, en el anterior, y en los Capítulos que seguirán, pueden ser consultados, además de los autores citados: Mommsen, "Compendio del Derecho Romano", traducción de P. Dorado, y Domenget, "Institutes de Gaïus", en la nota especial que contiene una exposición interesantísima acerca de la organización judicial de los romanos.

## CAPITULO III

## ACCIONES DE LA LEY.-(Continuación)

*Actio per condictionem.—Actio per manus injectionem.*
*Pignoris capio*

Llamábase *actio per condictionem* la acción en que pasamos a ocuparnos, porque el demandante le notificaba al demandado que debía comparecer ante el Magistrado después de pasados treinta días, a fin de que se procediese a la elección de un Juez. *Condicere* tenía el mismo significado que *denuntiare,* que se empleaba para denotar citación, notificación, emplazamiento. Primitivamente se empleaba esta acción cuando se reclamaba una suma de dinero determinada, *certa pecunia,* de acuerdo con lo que estatuía la ley Silia; pero más tarde, en virtud de lo dispuesto por la ley Calpurnia, se hizo extensiva también a los casos en que el objeto de la demanda era una cosa cierta cualquiera, *de omni certa rei,* que decía la citada Ley. No ha sido explicado satisfactoriamente, debido a lo poco que se conoce de esta acción en el derecho

romano, el por qué se creó una acción especial para alcanzar los mismos fines que podían alcanzarse por medio de las dos acciones anteriormente analizadas, y por consiguiente, las explicaciones que dan algunos expositores, no pasan de ser simples conjeturas. Pero el caso es que la acción en examen marca un progreso en las *legis actiones,* porque en ella está extremadamente simplificado el procedimiento, y suprimidas, aun cuando sea en casos especiales, las pantomimas de la citación del demandado, y la comparecencia ante el Magistrado para simular ante él el combate que debió ser, en los origines de la sociedad romana, el medio que se tenía para la reivindicación o aseguramiento de un derecho que se creían tener. [1]

### ACTIO PER MANUS INJECTIONEM

La acción que los romanos designaban con la expresión *manus injectio,* era una acción solemne que se efectuaba ante el Magistrado, y que difería de las acciones, antes analizadas, en que no daba nunca lugar al nombramiento o a la designación de un Juez. No está demás observar que esta acción, por lo mismo que encerraba un procedimiento solemne que se verificaba a presencia de un Magistrado, difería, por este solo hecho, del procedimiento extrajudicial de la citación

(1) Se lee en Scherman, obra citada, que la *judicis postulatio* y la *condictio* virtualmente anticiparon el advenimiento del sistema formulario basado en la remisión de los asuntos a un Juez para los efectos de la prueba.

del demandado, que analizamos al hablar de las acciones de la ley en general, por el cual el demandante se apoderaba del demandado en la calle, y lo conducía ante el Magistrado. En realidad había una *manus injectio,* pero de hecho simplemente, que no debemos confundir con el procedimiento solemne que estamos analizando.

Tres casos había en el derecho romano para los que estaba señalado el procedimiento de la *manus injectio,* que eran: *judicati, projudicato,* y *pura.*

La *manus injectio judicati* era la más antigua forma establecida en las XII Tablas para ejecutar una sentencia, y como en esa época no había aparecido todavía el principio de que los bienes del deudor son la prenda común de sus acreedores, pasaba que la persona misma del deudor, como ya se ha notado tántas veces, y más todavía cuando era insolvente, constituía propiamente aquella prenda. El acreedor, pues, para obtener satisfacción de lo que se le debía, se apoderaba de su deudor, al encontrarlo en la calle, a cuyo efecto pronunciaba unas palabras sacramentales que estaban en la citada ley. Si el deudor no presentaba un fiador, *vindex,* que decía la Ley, el acreedor lo llevaba a su casa, lo encerraba en una ergástula y lo cargaba de cadenas. La ley de las XII Tablas señalaba, claramente, el procedimiento que se seguía. Cuando el deudor había sido condenado al pago de lo que

debía, o cuando convenía en lo que se le demandaba, tenía un plazo de treinta días para cumplir su obligación. Pasado este plazo, el acreedor citaba de nuevo a su deudor ante el Magistrado, y procedía entonces a ejecutar el fallo, empleando para ello el procedimiento de la *manus injectio.* Podía suceder que el deudor pagase y entonces, naturalmente, el asunto quedaba terminado, o que presentase un *vindex* que lo libertaba a él respecto del ejecutante, dejando a aquél enfrente de éste. Pero si el deudor no podía pagar, ni encontraba un *vindex,* entonces el Magistrado se lo adjudicaba al acreedor propiamente, *ad dicebat,* que decían los romanos, quien lo reducía a prisión y lo encadenaba. Lo odioso del procedimiento y la crueldad vengativa de algunos usureros no pagados, arrancaron grandes protestas de que hay huellas en la historia de aquellos tiempos, y de aquí que la citada ley de las XII Tablas limitase el peso de las cadenas que podían emplearse, y fijara el alimento que debía dársele al deudor para que no lo matase de hambre el acreedor. El estudio detenido de este período de la vida romana, produce la convicción de que las citadas disposiciones legales constituyeron un gran triunfo para la clase oprimida de los deudores, y que fué una renuncia a un beneficio en la que la clase patricia, dueña de la riqueza y del poder, tuvo que consentir para mantener en cambio privilegios y ventajas odiosos que más tarde debían

desaparecer también, con la evolución del derecho. Después de la *adictio* se contaba un nuevo plazo de sesenta días, al cabo del cual, si nadie se presentaba por el deudor ofreciendo cumplir por él, se lo reducía a una esclavitud de hecho, pudiendo el acreedor venderlo como esclavo en el extranjero o matarlo. Cuando había varios acreedores, la ley permitía dividirse el cuerpo del deudor. (2) Era muy peculiar en el derecho de aquella época la situación jurídica del *addictus,* porque en derecho era libre, pero en el hecho era un siervo, en tanto que no pagase su deuda.

Análoga, pero no igual era la posición de los *nexi,* que la promulgación de la ley Petilia debía abolir por ser una de las más odiosas prácticas de entonces. El *nexum* era una obligación formada *per aes ed libram,* por la cual el deudor voluntariamente constituía un verdadero *nexus,* no sólo sobre sus bienes sino sobre su persona también, de donde resultaba que no cumplida su obligación, el acreedor tenía derecho sobre la persona del deudor haciéndose adjudicar para ello, por mediación del Magistrado, la posesión del *nexus,* y someterlo a las mismas consecuencias a que lo estaba el *addictus.* Sin embargo, había diferencias jurídicas entre uno y otro, como eran principalmente éstas: cuando el *addictus* pagaba, por efecto del pago recordaba su

(2) Algunos intérpretes del derecho romano han pretendido que la ley aludía sólo a la división del precio de la venta.

condición de hombre libre, porque no era siervo sino de hecho, y la condenatoria del Magistrado a que pagara, no entrañaba para él ninguna *capitis deminutio;* al paso que el *nexus* tenía necesidad de ser manumitido, porque sí sufría disminución de cabeza. Sucedía también que el *nexus,* una vez libertado por su acreedor, quedaba en calidad de semi-liberto de aquél, *(cuasi-libertus),* lo que no pasaba con el *addictus,* a lo que se agregaba que el *nexus* podía ser llamado a formar parte del ejército, aun cuando fuera esclavo de derecho, al paso que el *addictus* sólo podía serlo en caso de absoluta necesidad. (3)

La *manus injectio pro judicato* difería de la anterior en que no se necesitaba que hubiera habido condenación del deudor para apoderarse de él, y tal era el caso que pasaba cuando el *sponsor* no era reembolsado por el deudor principal en el plazo de seis meses, de las sumas que aquél había pagado por éste, que era el caso de la Ley Publilia, o cuando se había exigido de un *sponsor* más de la parte viril que le correspondía en la deuda, que era el caso contemplado por la ley Furia. Por lo demás, el deudor estaba expuesto a las mismas consecuencias que lo estaba el deudor condenado, y si no presentaba un *vindex,* debía dejarse conducir, en calidad de preso, a la casa de su acreedor, y soportar sus cadenas.

---

(3) Véase Bonjean, obra citada, Tomo I.

La *manus injectio pura,* era la expresión de un progreso en la Ley, que con arreglo a lo que constituye la más brillante característica del derecho romano, verificábase manteniendo muchas veces la forma exterior, aun cuando el fondo de las cosas se alterase y cambiara profundamente. El procedimiento de la *manus injectio* era, sencillamente brutal, y aun cuando correspondiese a un período en que las ideas piadosas se contaban en poco, es el caso que el procedimiento despiadado a que hemos venido refiriéndonos, suscitaba ardientes protestas que eran peligrosas para la paz interior de Roma, y ofendía la dignidad humana, con tánta más razón cuánto que el procedimiento recaía sobre personas libres, que no eran ni siquiera los pobres esclavos a quienes consideraba simples cosas la inicua teoría que dominaba.

En la *manus injectio pura,* el deudor no quedaba a merced de su acreedor, porque al aprehenderlo éste podía safársele y defenderse, lo cual no le era permitido antes cuando se empleaban los otros dos procedimientos de la *manus injectio* que quedan analizados. Una serie de leyes habían venido prescribiendo los casos de aplicación de la *manus injectio pura,* como pasaba con la ley Furia de testamentos, en el caso de que se hubiese recibido más de mil ases, por causa de un legado o de una donación, sin poderse invocar los casos en que podía pasarse de aquella suma, y también

con la ley Marcia que daba derecho a repetir—por pago indebido—los intereses que se les hubiera pagado a los usureros; hasta que al fin el procedimiento se hizo extensivo a todos los casos en general, salvo cuando se trataba del deudor condenado por una sentencia, lo que era lógico desde el punto de vista jurídico, porque admitir la defensa del deudor hubiera equivalido a reabrir el proceso, y lo mismo cuando se trataba del deudor que no le pagaba al fiador, en el plazo de ley, lo que éste había pagado por él.

### PIGNORIS CAPIO

Del propio modo que por medio de la *manus injectio* se apoderaba el acreedor de la persona de su deudor, así por medio de la *pignoris capio* se apoderaba de alguna cosa que le perteneciera al mismo deudor, para pagarse con ella.

Difería esta acción de las demás acciones de la ley, en que se la podía ejercer *extra jus*, como decían los romanos, lo que quería decir que no se necesitaba de la presencia del Magistrado, ni tampoco de un día fasto. [4] Esto dió lugar a que algunos jurisconsultos

(4) Se recordará que dijimos que el Colegio de los Pontífices era el encargado de fijar los días en que podía ser administrada la justicia, porque había otros, de fiestas y vacaciones ordinarias, en que sólo se podían despachar los asuntos cuya demora podía traer perjuicios a los interesados, tal como es la regla en nuestros días, (artículos 149, 150 y 151 del Código de Procedimiento Civil citado), y los actos llamados de jurisdicción voluntaria, como pasaba en los casos de adopción, *cessio in jure, vindicta* y otros, en que la intervención del Magistrado tenía por objeto darles a los actos la autenticidad o solemnidad que la ley exigía para que fueran válidos. (Véanse detalles en la citada obra, y nota de Domenget). La citada ley venezolana exige que la parte interesada justifique la urgencia, lo cual se hace jurándola, y que el Juez, si la encuentra justificada, habilite la audiencia.

romanos no la tuviesen por una verdadera acción de la ley. Desde luego que para ejercérsela, aun dentro de las condiciones apuntadas, necesitaba el acreedor de acudir a ciertas expresiones sacramentales que el Manuscrito de Gayo no ha trasmitido, por cierto, a la posteridad. La ley de las XII Tablas reconocía esta acción y la daba en determinados casos, como pasaba en el de no haber pagado el comprador el precio de una víctima destinada a un sacrificio, o cuando se arrendaba una bestia de carga para ofrecer con el producto de dicho arrendamiento algún sacrificio religioso. En uno y otro caso había una prenda tácita, reconocida por la ley, que era el objeto de la *manus injectio.* Había también otros casos establecidos por el derecho, como pasaba cuando alguien estaba obligado a pagarles el sueldo a los soldados, o cuando debía suministrarle al Estado algún bagaje o la avena necesaria para alimentarlo: *aes militare, aes equestre, aes hordearium.* También en el caso de los recaudadores públicos de impuestos, una ley especial acordaba la prenda tácita o privilegio—que hoy decimos—sobre las cosas de los deudores y que daba origen al empleo de la acción en examen. A veces no era el texto expreso de ninguna ley el que acordaba la prenda, sino que ésta estaba apoyada en las costumbres, que en tales casos tenían también fuerza de ley.

## CAPITULO IV

## PROCEDIMIENTO FORMULARIO

El sistema de las acciones de la ley, como lo hemos notado ya, convenía a un estado primitivo de las instituciones romanas, en que el mismo poco desarrollo del lenguaje hablado y escrito, y la influencia que habían tenido en esas mismas instituciones los caracteres sobresalientes de los elementos etnológicos que componían el pueblo romano, hacían que fueran explicables y casi necesarios, pudiera decirse, las pantomimas, los gestos y el rito de las palabras sacramentales de cuyo cumplimiento podían dar fe, más tarde, los testigos que intervenían en los actos. Pero a medida que el progreso de la ciudad iba alcanzando cada día mayor grado de cultura, y las instituciones jurídicas, que seguían en Roma un desarrollo paralelo al de la sociedad, iban adaptándose, continuamente, a las nuevas necesidades que se presentaban, se acentuó la conveniencia de desembarazar al procedimiento judicial de las trabas que

tenía el sistema de las *legis actiones,* sustituyéndolo por otro que se conformara más, y se adaptara mejor, a las nuevas necesidades. De aquí, pues, la sustitución del antiguo sistema procedimental por el que se denominó sistema formulario.

Aun cuando no se sepa, exactamente, la fecha en que fué promulgada la Ley Aebutia y haya discusiones acerca de si las dos leyes Julia: la *lex judiciorum privatorum* y la *lex judiciorum publicorum,* deben atribuirse a Augusto, es el caso que a estas tres Leyes, y se está conforme en ello, se debió en Roma la sustitución del viejo sistema procedimental por el nuevo. Debemos hacer notar, con todo, antes de pasar adelante, que había casos muy especiales por cierto, como sucedía cuando se trataba del *damnum infectum,* en que se seguía el procedimiento de las acciones de la ley, del propio modo que se hacía también, cuando el proceso se ventilaba por ante los Centunviros.

En el sistema formulario, los gestos y las palabras sacramentales estaban eliminados: el demandante exponía sencillamente ante el Pretor sus pretensiones, y aquel Magistrado examinaba en teoría si, comprobada la aserción de los hechos que el demandante invocaba, podía resultar la condenación del demandado. En el primer caso, el Pretor le entregaba una fórmula al demandante, de donde le venía el nombre al sistema, y en la que estaba precisada la cuestión que debía resol-

ver el Juez, quien seguía siendo en el nuevo sistema el encargado de apreciar las pruebas que ante él debían evacuar los litigantes. La fórmula, pues, venía a ser como la resultante de una cuestión previa de puro derecho, como hoy decimos, que el Pretor resolvía, para decidir si había o no lugar en derecho a alguna acción. En el nuevo sistema, el proceso está, pues, dividido en dos estados, a saber: cuando las partes comparecen ante el Magistrado y cuando la comparecencia de las mismas es ante el Juez. En el primer caso se decía que las partes estaban *in jure;* en el segundo, que estaban *in judicio.*

Es de notar también que había casos excepcionales en que era el Magistrado mismo quien se encargaba, como acabamos de verlo, de dar la fórmula a los litigantes para que fuese un Juez el encargado de sustanciar el proceso y dictar sentencia, quien conocía del asunto y dictaba el fallo. Más tarde debieron generalizarse estos casos de excepción a todos los procesos judiciales, y el procedimiento contencioso romano habrá dado su último paso, alcanzado su etapa final, y trazado una vía lógica y segura que será la misma por donde transitará el derecho procedimental contemporáneo.

Prosiguiendo ahora el examen del sistema formulario, debemos referirnos a los distintos elementos que entraban en la composición de la fórmula. Como lo hace observar sagazmente Bonjean, "la fórmula ins-

tituía al Juez; determinaba las cuestiones que a éste le tocaba resolver y los principios de derecho que debía aplicar; trazaba hipotéticamente la condenación que debía ser pronunciada, y le confería al Juez, a este respecto, poderes limitados o ilimitados; finalmente era a la vez una instrucción destinada a guiar al Juez en la investigación de la verdad y una verdadera sentencia, subordinada a la verificación del punto de hecho y del punto de derecho que debía ponerse en claro". (1) Eran las fórmulas, por lo demás, obra de erudición jurídica, y de ciencia jurídica su redacción, que pasaba a ser patrimonio de todos, porque el Pretor las inscribía en su Album para darlas a la publicidad.

Cuatro partes principales encerraba la fórmula que eran: la *demonstratio,* la *intentio,* la *adjudicatio,* y la *condemnatio.*

La *demonstratio* era la parte de la fórmula que indicaba el punto de hecho que daba lugar al litigio.

La *intentio* era la parte fundamental de la fórmula, porque en ella reproducía el Pretor la pretensión del demandante, que es como decir en nuestros días, el libelo de la demanda. Pasaba a veces en Roma que la *demonstratio* y la *intentio* se confundían, apareciendo, solamente en la última, precisado el hecho que las partes discutían y que estaba ligado, lógica y natural-

(1) Autor citado, obra citada.

mente, a que la acción fuera declarada con lugar o sin lugar, que es como decimos en nuestros días, o sea, a la condenación o a la absolución del demandado, en el derecho romano. Cuando la citada reunión o confusión de las dos mencionadas partes de la fórmula se verificaba, y ello era frecuente, decían entonces los romanos que la *intentio era concepta in factum* o *in factum concepta.*

La *adjudicatio* era aquella parte de la fórmula que le confería al Juez el poder de adjudicar la propiedad de una cosa, comunera o no, como pasaba con las tres acciones llamadas comunes o mixtas, y que eran la *familiae aerciscundae,* la *comuni dividundo,* y la *finium regundorum,* denominadas, respectivamente en el derecho contemporáneo, como lo tenemos expuesto, acción de partición, acción de división o cesación de comunidad, y acción de deslinde.

La *condemnatio* era la parte de la fórmula en que el Pretor le daba al Juez el derecho de condenar o de absolver al demandado, comprendidos ambos derechos, desde luego, en el poder de condenar, de donde le venía el nombre a este elemento de la fórmula.

Sucedía a veces que el demandado tenía a su vez algo que reclamarle al actor, y entonces podía proceder por una de estas dos vías distintas: o bien por medio de una acción directa que intentaba separadamente contra el actor, después que había sido decidido el pro-

ceso que éste le había promovido, y que desde luego no tenía nada que hacer ni tenía la menor influencia sobre la cosa juzgada que había puesto punto final al proceso, o bien, por medio de una reconvención o mutua petición, como se dice en nuestros días. En este último caso, lo que hacía el demandado era pedirle al Magistrado, cuando éste le daba una fórmula de acción al actor, que le diera otra a él para hacerla valer, en reconvención contra aquél. Sucedía entonces que el Juez encargado de la demanda lo era también de esta contra demanda, y al pronunciar su fallo podía resultar condenado el actor, como tenía que pasar en el caso en que el monto de la reconvención excedía al de la demanda, y el Juez declaraba con lugar tanto la demanda como la contra demanda, no siendo por lo demás sumas líquidas compensables lo que ambos litigantes, recíprocamente, se reclamaban. Cuando se trataba de cosas líquidas compensables y que eran objeto de las distintas pretensiones de ambos litigantes, entonces se simplificaba el procedimiento, porque el demandado podía limitarse a pedirle al Magistrado—cuando éste redactaba la fórmula—que insertase en ella una excepción que le permitiera hacer valer u oponer la referida compensación, en cuyo caso al encontrarla comprobada el Juez lo que hacía era condenar al demandado a pagar, no el monto que le reclamaba el actor, sino lo que resultara que realmente se

le debía a éste, después de deducido el monto de la compensación. Así pasaba cuando la acción de que se trataba era de derecho estricto, porque cuando era de buena fe, el Juez admitía la compensación sin que hubiera sido motivo de una excepción en la fórmula. Es punto controvertido en el derecho romano el de si podía resultar la condenación del demandante cuando el demandado, en vez de contrademandar o de reconvenir, procedía por la vía de la excepción de compensación, en el caso de ser el monto de esta compensación mayor que el de la suma reclamada. La lógica del procedimiento romano y la estricta severidad que caracterizaba el sistema formulario, hacen pensar que dicha condenación no podía obtenerse en todo caso, sino por la vía de una reconvención, contra-demanda o mutua petición, como hoy decimos. Antes de pasar adelante debe observarse que, en virtud de una regla fundamental del procedimiento formulario romano, la condenación del Juez debía ser siempre a que se le pagase al reclamante una suma pecuniaria, aun cuando el objeto de la demanda hubiese sido una cosa. Un texto de Gayo decía claramente: *Judex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fiensolebat, sed aestimata re pecuniam eum condemnat.* (2)

(2) Algunos intérpretes oponen a este texto otro de Ulpiano, que aparece en el Digesto, y del cual resulta desde luego un principio más lógico, a saber: el poder de la sentencia del Juez para obtener *manu militari,* si es preciso, que al que reclama una cosa determinada, se lo ponga en posesión de esa cosa; si existe.

Decían los romanos que la *condemnatio* podía ser de dos clases: *certae pecuniae* o *incertae pecuniae,* y que esta última, a su vez, podía ser: *infinita* o *cum taxatione.* Entendían por *condemnatio certae pecuniae,* el caso en que la fórmula del Pretor le precisaba al Juez la cantidad en que debía condenar al demandado, si resultaba comprobado el hecho que alegaba el actor. En este caso, el Juez no podía condenar ni en más ni en menos, y si caía en lo primero, incurría en la pena de hacer suyo el proceso. Decían que la *condemnatio* era *incertae pecuniae cum taxatione,* cuando el Pretor se limitaba en la fórmula a fijarle al Juez el máximum a que podía condenar, dándole, naturalmente, potestad para determinar el monto siempre que no pasara el límite prefijado. Por esto la expresión *cum taxatione* era equivalente a esta otra que se encuentra también en los textos: *cum praefinitione.* Calificaban de *condemnatio incertae pecuniae infinita,* el caso en que la fórmula Pretoriana le daba al Juez amplia facultad de fijar él el monto de la condenatoria.

## CAPITULO V

## DE LAS PARTES ACCESORIAS DE LA FORMULA: ADJECTIONES

Acabamos de referirnos a los elementos fundamentales o principales que integraban la fórmula: había otros que, por lo mismo que eran puramente accidentales, no estaban ligados necesariamente a todo litigio, sino a aquellos en que ocurrían las circunstancias especiales que daban lugar a esas *adjectiones,* llamadas propiamente excepciones.

Sabemos, por ejemplo, la extrema severidad que caracterizaba el derecho civil romano, y concretando el punto, el criterio intransigente con que había que examinar la obligación resultante de un contrato de derecho estricto. La misión del Juez en este caso quedaba reducida a examinar si la causa del contrato existía, la cual no era entonces, en los primeros tiempos a que estamos refiriéndonos, sino el cumplimiento de los gestos y de las palabras sacramentales que era

donde residía la fuerza del contrato y si así resultaba, su deber era condenar simplemente al *reus promittendi.* La aparición de la nueva magistratura del Pretor, y la extensión de los poderes de que éste estaba investido, fueron una feliz coyuntura para el perfeccionamiento del sistema procedimental romano, como lo fueron para darle al derecho civil romano la elasticidad y la amplitud que lo han hecho inmortal. Y de allí que cuando en el caso, por ejemplo, de alegar el mismo *reus promittendi,* que su consentimiento no había sido libre, porque había sido arrancado por violencia o sorprendido por dolo o extraviado por error, al darle el Pretor la fórmula al Juez para que condenara si resultaba comprobado el contrato, exceptuaba el caso de que a su vez el demandado hubiera comprobado el dolo, la violencia o el error. De allí el nombre de excepción, dado por el Pretor, a estas defensas. Cuando el contrato era de buena fe, no había necesidad de insertar la excepción en la fórmula. Con el desarrollo del derecho, y después que el derecho honorario había realizado su obra de evolución jurídica, muchas excepciones fueron reconocidas por Senado-Consultos y por Constituciones Imperiales. Ahora bien, sucedía a veces que cuando las partes se encontraban a presencia del Pretor exponiendo sus distintas pretensiones, había necesidad de ir aún más lejos de la *intentio,* la *condemnatio* y la *exceptio,* y tal acon-

tecía cuando el actor, a su vez, después de ver abierta en la fórmula una puerta de defensa a su adversario con la excepción que éste podía comprobar para destruir el derecho que él, el demandante, alegaba, le pedía al Pretor que lo admitiera a probar en el debate, a su vez, un hecho contrario que destruyese la excepción alegada por el demandado, y el Pretor entonces admitía o acordaba lo que se llamaba una réplica. Podía suceder que, a su vez el demandado contrariase esta aserción y que se le admitiese a probar un hecho que la destruyera, y a ésto lo llamaba la fórmula pretoriana: dúplica, y así en adelante, de modo tal que, en rigor, la fórmula podía llegar a ser, en definitiva, una serie de proposiciones subordinadas entre sí, de modo que la *intentio* podía ser paralizada por la *exceptio,* y ésta por la réplica, y la réplica por la dúplica, y la dúplica por la tríplica, y así de seguida.

A veces era una cuestión prejudicial la que había que decidir como sucedía, por ejemplo, en el caso de que el demandado pretendiera que siendo liberto el demandante, no había cumplido éste con la formalidad previa de haber obtenido la venía del Magistrado para instaurar la acción, a cuya pretensión replicaba el autor alegando ser ingenuo. Había en este caso una cuestión previa, concerniente al estado civil: un *prae juditium*, qu edecían los romanos, y que si bien era en el fondo una simple incidencia, cuyo esclarecimiento

debía preceder al examen del fondo del proceso, constituía en el sistema del procedimiento civil romano, generalmente una entidad aparte, que era objeto de un proceso especial. En el sistema procedimental moderno diríamos que se trata simplemente de una cuestión de previo y especial pronunciamiento, o de una simple excepción de carácter previo, basada en la ilegitimidad de la persona del demandante. [1]

Entre las *adjectiones* a que estamos refiriéndonos, colocaban también los romanos las llamadas prescripciones, que no tenían nada que ver con la prescripción propiamente dicha, que estudiamos al analizar los modos de extinción de una obligación. Las prescripciones a que hemos aludido eran cláusulas accidentales que los litigantes hacían insertar en la fórmula. El procedimiento entonces, por amplio que fuera cuando regía el sistema formulario en examen, estaba sometido a reglas de interpretación tan estricta, que los litigantes no podían salirse de los carriles que fijaba el procedimiento, ni de los moldes que para cada caso y para cada situación tenía la ley preparados de antemano. Así, por ejemplo, el acreedor que demandaba a su deudor por la paga de una cantidad de dinero que éste había recibido en préstamo, estaba obligado a pe-

(1) Artículo 248, Código de Procedimiento Civil citado.

dirle al Pretor que insertarse en la fórmula una prescripción que le asegurara poder obtener de ese deudor los intereses que corrieran desde el día de la *litis contestatio* hasta la paga efectiva, porque si omitía hacerlo, lo que pasaba era que el Juez condenaba al deudor a pagar el capital y los intereses vencidos hasta el día de la demanda, y cuando el acreedor cobraba más tarde el saldo de intereses no pagados, el deudor le oponía, o bien la novación que resultaba de la *litis contestatio,* o la excepción de cosa juzgada: *rei in judicium deductae.* Si el actor, pues, por medio de una declaratoria especial hacía que la prescripción a que venimos refiriéndonos formara parte de la fórmula, hacía ver claramente que lo que iba a reclamar por el momento era la cantidad cierta producida por el capital y los intereses corridos hasta el día de la demanda, pero quedando a cubierto de que pudiera rechazarse más tarde su acción por el resto de los intereses que siguieran corriendo, por el empleo de una de las dos nombradas excepciones.

En cuanto a prescripciones en interés del demandado, que también eran admitidas en el derecho romano, habían caído en desuso para la época de Gayo, pero se sabe que tenían por objeto evitar que la cuestión planteada en la fórmula y resuelta en la decisión

del Juez, pudiera tener influencia sobre otra nueva cuestión que sería más tarde cuando debía decidirse. Estas prescripciones se confundieron con las verdaderas excepciones que tenía el demandado, y que éste podía oponer, naturalmente, lo cual fué, como es lógico, la causa de que hubieran desaparecido para la época del citado jurisconsulto.

## CAPITULO VI

## INSTANCIA IN JURE.-LITIS CONTESTATIO

Hechas las exposiciones generales que preceden, pasemos a precisar algunas nociones importantes que darán idea de los distintos estados del proceso, en el sistema formulario, desde la iniciación de aquél hasta el momento el que el Pretor entregaba a las partes la fórmula que se le había pedido. Se recordará que en el sistema de las acciones de la ley, el emplazamiento del actor tenía un carácter absolutamente privado, que efectuaba el actor mismo al encontrar al demandado en la calle, a quien le pedía que lo siguiera ante el Magistrado, pudiéndolo conducir por la fuerza, si llegaba el caso. En el sistema formulario, esta parte del procedimiento no cambia, y el emplazamiento del demandado, (la *in jus vocatio)*, podía hacerse en la misma forma, y al menos hasta la época en que incurría en pena de apercibimiento el demandado que no seguía al actor cuando éste le pedía que comparecieran ante

el Magistrado. Más tarde el Pretor, de su propia autoridad, podía lograr la comparecencia del demandado, y esto fué lo que le arrebató al emplazamiento el carácter privado que tenía, y el empleo de la fuerza, por parte del actor, lo cual era un sello de barbarie que llevaba sobre sí aquel estado del juicio. Vimos igualmente, al examinar el primer sistema procesal, que la citación del demandado no podía hacerse cuando éste estaba en el hogar, cuando estaba en el templo, o cuando estaba desempeñando un acto público. En el procedimiento formulario existen estas mismas restricciones: no podía citarse a los Magistrados cuando estaban en el ejercicio de su cargo, ni a un Pontífice que estuviera ocupado en algún sacrificio religioso; ni contra las matronas ni contra las mujeres impúberas podía emplearse la fuerza para obligarlas a comparecer, ni podía tampoco—sin la previa autorización del Pretor—demandar el descendiente a su ascendiente, ni el liberto a su patrono. Por lo demás, el demandante no estaba obligado a hacerle conocer, a la contraparte, previamente al emplazamiento, el motivo que lo obligaba a proceder en justicia: podía hacerlo extrajudicial y espontáneamente, y a este acto lo llamaban los romanos: *litis denuntiatio.* El uso, sin embargo, había venido modificando esta situación, insegura para el demandado a quien inesperada y bruscamente se lo conducía ante el Magistrado, sin conocer hasta ese mo-

mento las razones o los motivos que determinaban la acción de su adversario. Y así pasó que era costumbre comunicarle al demandante, previa y privadamente, aquellas razones y motivos, y fijar con él la fecha en que debían comparecer juntos ante el Pretor, hasta que una Constitución Imperial de Marco Aurelio sancionó como derecho la práctica saludable que había introducido ya el referido uso. Vimos también, al referirnos al procedimiento de las acciones de la ley, que en el caso único en que no estaba obligado el demandado a seguir al actor era cuando por aquél se presentaba un *vindex,* que cambiaba de modo tal el proceso que era como si se hubiese producido una verdadera novación por cambio de deudor, de la obligación que era objeto del proceso. En el sistema formulario el *vindex* no existe ya, pero el derecho pretoriano había admitido que el demandado podía presentar, llegado el caso, un *fidejussor,* cuya situación legal no era hacer suyo el proceso, sino tomar sobre si la responsabilidad de obligarse a que el demandado compareceria ante el Magistrado el día que había sido convenido. No estaba desde luego obligado el actor a aceptar cualquier fiador que se le presentase, excepción hecha de casos muy determinados en la ley, como sucedía con los ascendientes, el patrono y otros; pero si se negaba a aceptar un fiador solvente, quedaba expuesto a la acción de injuria. Así quedó sustituido, pues, en el

sistema formulario, por el *fidejussor,* el antiguo *vadimonium* de que se recordará hablamos al examinar las *legis actiones.*

Una vez las partes ante el Pretor, podía suceder que el demandado pidiese algún plazo para enterarse de las pretensiones de su adversario, o que las discusiones a que había lugar ante aquel Magistrado no hubieran permitido que el asunto de la entrega de la fórmula se verificara en una sola audiencia. En estos casos, las partes quedaban emplazadas para la continuación del acto en otra audiencia, y el demandado podía prestar otro *vadimonium.* Este podía ser de varias clases: a veces se contentaba el demandante con una simple promesa de su adversario, sin juramento ni fianza: otras veces el demandado prestaba juramento de que comparecería en la fecha convenida, o sea caución juratoria, que hoy decimos: otras veces su promesa estaba garantizada por un fiador, y otros, finalmente, en el acto mismo en que se prestaba el *vadimonium,* quedaba hecha por el Magistrado la elección o nombramiento de los *recuperatores* que quedaban encargados de hacerlo efectivo, caso de incumplimiento.

¿Qué efecto producía ahora la no comparecencia de las partes? Si el demandado no comparecía, el demandante podía hacer efectivo el *vadimonium* y podía proceder contra los fiadores, y luego podía obtener del Pretor que lo pusiese en posesión de los bienes del de-

mandado. Muy bien podía suceder que hubiera sido por alguna causa legítima su no comparecencia, en cuyo caso había lugar a examinar si el demandado, por una de ellas podía eximirse de las resultas, antes anotadas, que emanaban de su no comparecencia. Por lo que hace a la no comparecencia del actor, que podría acarrear en nuestros días el que el acto se declarase desierto, y que se viese obligado a hacer nuevo emplamiento del demandado, era dudoso en Roma saber si el hecho tenía allí las mismas consecuencias, o si la no comparecencia de aquél debía interpretarse en el sentido de un desistimiento. [1]

Queda un punto por examinar, y es el siguiente: el procedimiento que se seguía en los casos de litigios presume, naturalmente, un demandado de buena fe que no sea capaz de ocultarse ni de negarse de seguir a su adversario ante el Magistrado, aun cuando tubiese plena conciencia de la injusticia de que era objeto. Pero cuando no era así, y el demandado eludía darle el frente a su adversario, el derecho romano disponía de un medio coercitivo de severas consecuencias, que

---

(1) Artículo 276 del Código de Procedimiento Civil. Dispone este artículo que si faltare el demandado al emplazamiento o si quien pretenda representarlo lo hiciere con poder insuficiente o sin las formalidades debidas, o sin tener representación legítima, se le tendrá por confeso en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante, si en el término probatorio nada probare que le favorezca: que si quien faltare fuere el demandante, se le admitirá al demandado su contestación, o se le oirán sus excepciones. Si faltaren ambas partes se suspenderá el procedimiento hasta que el demandante vuelva a solicitar la citación del demandado.

era la *missio in possessionem bonorum.* El demandado de mala fe estaba expuesto a este rigor de verse despojado de su patrimonio que no sólo podía subastarse públicamente, sino que le acarreaba una nota de infamia, que era lo peor. El derecho primitivo tenía la *manus injectio* que era odiosa, pero en la época del derecho honorario, a que estamos refiriéndonos, ha sido tan grande la evolución jurídica, que está claramente fijado en la ley el principio de que los bienes del deudor son la prenda de sus acreedores, que es también la regla jurídica de nuestros días, como ya se notó. (2)

LITIS CONTESTATIO

La comparecencia de ambos litigantes ante el Pretor tenía una importancia decisiva en el proceso, y el acto se denominaba *litis contestatio.* En él, y comoquiera que las fórmulas, según expusimos anteriormente, eran públicas y aparecían en el Album del Pretor, escogía una el actor o escogía varias, si quería. Si el demandado sostenía que aquella fórmula no era admisible en derecho, el Pretor examinaba el punto y daba o no daba la fórmula en discusión, que era declarar admisible o inadmisible la acción en derecho. Pero el demandado no podía oponerse a la fórmula que su adversario había escogido, aduciendo el motivo, por ejemplo, de que eran falsos los hechos alegados por

(2) Artículo 1.937, Código Civil Citado.

aquél. Estas cuestiones de hecho eran las que, precisamente, iban a caer bajo el examen y la jurisdicción del Juez, a quien tocaba sustanciar el proceso y decidirlo con su sentencia y, por consiguiente, eran ajenas a la cuestión de admisibilidad en derecho, que era la única que al Pretor le tocaba examinar y resolver. Era como si en nuestros días el Juez, ante quien se inicia un proceso derivado de una deuda de juego, por ejemplo, no le da curso a la demanda, porque la ley no da acción en ese caso. La *litis contestatio* era un estado trascendental para un proceso en Roma, porque producía los siguientes efectos: 1º las partes quedaban a derecho, y aun cuando el demandado no compareciera ante el Juez, el proceso seguía su curso, y podía sentenciarse contra aquél; 2º la *litis contestatio* producía una verdadera novación en el derecho de los litigantes, y se producía para ellos una obligación resultante de un cuasi-contrato que los obligaba a prosegir el proceso y a someterse a lo que, en definitiva, sentenciase el Juez; 3º la *litis contestatio* determinaba la extensión del litigio y la persona de los litigantes, así como la del Juez encargado del proceso. Determinaba la extensión del litigio, porque cualquiera que fuese la naturaleza del derecho que daba lugar al proceso, y cualesquiera que fueran las circunstancias que lo rodeaban, desde que el Pretor entregaba la fórmula, ese derecho quedaba encerrado en ella y limitado por ella, a tal punto que

el Juez no podía hacer sino lo que la fórmula le permitía y le indicaba que hiciese. Fijaba la persona de los litigantes, porque en el caso de que hubiera varias contra quienes hubiese podido el demandante intentar su acción, la elección que hacía de una de ellas, en el acto de la *litis contestatio,* extinguía la acción contra las demás. Respecto del Juez, no les era potestativo a las partes cambiarlo por otro, a menos de tratarse de casos especiales, como sucedía también con las personas de los litigantes. Así, por ejemplo, se daba el caso en Roma de haberse comenzado un proceso a nombre del dueño de la acción, pero por medio de un representante que había que cambiar en el curso del juicio. En este caso no había mayores dificultades, porque estando redactada la *intentio* a nombre del representado, todo se limitaba a cambiar en la condenatoria el nombre del representante. Pasaba exactamente lo mismo, cuando era el demandante, por ejemplo, quien por haber fallecido en el curso del proceso había que hacer intervenir en él a sus herederos. Bastaba en este caso también poner en la *condemnatio,* en lugar del nombre del actor, el de sus herederos. Procedíase de igual modo cuando intentada, por ejemplo, contra el hijo la acción de peculio, moría el hijo en el curso del juicio y había que seguir éste con el padre, o cuando intentada la acción noxal contra el dueño había,

más tarde, necesidad de proseguirla contra el liberto. La *litis contestatio* producía también dos efectos más: (a) la perpetuación de las acciones; (b) la inalienabilidad de la cosa litigiosa. Decían los romanos que la *litis contestatio* hacía perpetua la acción, porque interrumpía el caso de caducidad que podía tener aquélla por la ley, como pasaba, por ejemplo, con las acciones pretorianas que duraban un año, que era el período, que duraba la administración del Pretor que daba estas acciones. Ejercido el derecho acordado por la acción pretoriana, y siempre que antes de la litis contestación no hubiera corrido el año de su duración, se hacían perpetuas. Pasaba otro tanto con las acciones que emanaban de los delitos privados, como era la injuria, por ejemplo. Si el ofendido moría sin ejercer la acción, sus herederos no podían ejercitarla, porque la acción perecía para ellos por considerarse exclusivamente del patrimonio del causante; pero si éste, antes de morir, había intentado su acción, la *litis contestatio* la hacía trasmisible a los herederos del ofendido. Y así también pasaba con las acciones que emanaban de los delitos, que eran también consideradas como privadas respecto de la responsabilidad que emanaba del hecho delictuoso para con el autor de ese hecho y no respecto de sus herederos. Pero como del delito emanaba también una acción civil de daños y perjuicios, el criterio romano era el siguiente: si había

el autor del hecho delictuoso, la acción penal, naturalmente, no alcanzaba sino al autor, pero la acción civil podía intentarse contra los herederos de aquél, en aplicación de la regla de que nadie podía enriquecerse en perjuicio de otro, y para el caso de que los referidos herederos pudieran haber sacado algún partido del delito. En este caso, y en la medida de su enriquecimiento, respondían; pero si la acción civil había sido intentada contra el autor del hecho, quien moría durante el proceso, la *litis contestatio* hacía que esa acción pudiera proseguirse contra los dichos herederos. En todos estos sentidos era en los que decían los romanos que la *litis contestatio* tenía por efecto perpetuar la acción.

Respecto de la inalienabilidad de la cosa litigiosa, debió ser práctica en Roma, antes de la promulgación de las XII Tablas, el consagrar a los dioses las cosas en litigio, porque el célebre Código citado prohibió que ésto pudiera hacerse. El Emperador Augusto amplió este concepto que estaba destinado a impedir un fraude contra el que resultaba tener derecho a la cosa que se litigaba, y castigaba con una multa equivalente al valor de la cosa, tanto al autor de la enajenación como al que resultaba comprándola, si se le comprobaba a éste que había tenido conocimiento del litigio. Era algo parecido, en sus efectos, a la acción Pauliana, dada

también para perseguir las enajenaciones fraudulentas en perjuicio de acreedores.

Debemos decir, por último, que la *litis contestatio,* fijaba de tal modo el carácter y la naturaleza del derecho que se litigaba, que el Juez debía referirse a dicho momento cuando examinaba los fundamentos de la acción. Ahora bien, podía suceder que después de la *litis contestatio,* para prevenir el demandado los efectos de una condenatoria ineludible, se apresurara a darle satisfacción a su adversario, consintiendo en lo que éste le demandaba. En este caso estaban divididas las opiniones de las dos famosas escuelas de Jurisconsultos. Los Sabinianos opinaban en el sentido de la absolución del demandado, y a esta opinión adhirió Justiniano: los Proculeyanos opinaban en el sentido contrario. Era dudoso, sin embargo, que para los primeros hubiera prevalecido su dictamen cuando el proceso se había seguido *per sponsionem,* como lógicamente lo hace notar Bonjean, [3] porque en este caso no era jurídico que una sola de las partes pudiera haberse sustraído a las consecuencias de aquella fianza, del propio modo que era también probable que los Proculeyanos hubieran encontrado algún temperamento a la doctrina radical que profesaban, y que era excesivamente dura en el fondo.

---

(3) Autor citado, obra citada.

Por lo demás, aun cuando la litis contestación no interrumpía en Roma el curso de una prescripción, en definitiva no tenía inconvenientes perjudiciales para el litigante en cuyo perjuicio se consumaba dicha prescripción, porque la sentencia lo obligaba a restituir no sólo esa cosa sino cuanto le era accesorio, y para evitar las enajenaciones e hipotecas sobre esa cosa litigiosa, podía pedírsele que prestase la caución de dolo.

## CAPITULO VII

## INSTANCIA IN JUDICIO

Terminada la instancia ante el Pretor, se abría la instancia ante el Juez, llamada *judicium* en el sistema procesal romano. En este estado del proceso podía pasar una de estas dos cosas: o bien que demandante y demandado comparecieran ante el Juez el día prefijado para ello, o bien que uno u otro faltasen. Empezaremos por examinar estos últimos casos, los cuales por lo mismo que eran los que ocurrían excepcionalmente, son los que más interesan por el momento.

En efecto, cuando era el demandante quien no comparecía ante el Juez de la causa, el demandado podía escoger uno de estos dos medios: o bien pedir que el juicio continuase su curso y se llegase a sentenciarlo, o bien abandonar él, a su vez, el proceso, y dejar que discurriera cierto lapso que le permitiera oponer lo que se llamaba la perención de la instancia,

si pasado ese tiempo volvía el actor a pedir lo que hoy se llama vista y sentencia de la causa. [1]

Cuando era el demandado quien no comparecía, el juicio seguíase en rebeldía, a cuyo efecto se aplicaba en Roma un procedimiento especial que tenía por finalidad comprobar el referido estado. En el procedimiento contemporáneo, el demandado incurre en lo que se llama confesión ficta, [2] pero en Roma, el demandado estaba obligado a comparecer de nuevo ante el Pretor, para obtener de éste un decreto o auto conminatorio contra el demandado para que éste compareciera ante el Juez de la causa. Esta conminación se hacía dos o tres veces, con intervalos de diez días, y después del último decreto de comparecencia que se llamaba: *peremptorium,* si el demandado no se presentaba, se proseguía entonces contra él el juicio en rebeldía. No quería ésto decir que el demandado debía ser necesariamente condenado como secuela de su no comparecencia; es verdad que no podía apelar del fallo dictado contra él en rebeldía ni interponer otros recursos legales que no fuera el de la *restitutio in integrum,* y ello previa prueba de la justa causa que le hubiera impedido comparecer, porque si el demandante

(1) Artículos 393 y siguientes, Código de Procedimiento Civil citado.

(2) Artículo 276, ya citado, Código de Procedimiento Civil citado.

no comprobaba suficientemente los motivos de su acción y la causa de su derecho, el demandado, aun en rebeldía, debía ser absuelto: *absens, si bonam causan habet, vincet,* decía Ulpiano.

Podía suceder que el demandado no hubiera comparecido por haber muerto, y en este caso era lógico que el fallo condenatorio fuera radicalmente nulo, una vez probada la causa de la muerte. Otro caso había en que también lo era por una razón que lógicamente se justificaba ante los ojos de la ley, y era cuando el procedimiento que acreditaba la rebeldía, no había sido seguido, porque dicho procedimiento era considerado en Roma de orden público, como decimos en nuestros días.

Examinados estos casos de excepción, veamos ahora cómo se proseguía el procedimiento ordinario cuando demandante y demandado comparecían ante el Juez de la causa. Se recordará que explicamos, al hablar de los elementos de que se componía la fórmula que entregaba el Pretor, lo que eran la *demonstratio* y la *intentio,* confundidas, generalmente en la práctica de los litigios en Roma, pero ligadas a la cuestión de hecho que discutían los litigantes y por ende a lo que, en definitiva, tenía que sentenciar el Juez, al declarar con lugar o sin él la petición del demandante. De aquí que el actor estaba obligado a comprobar su acción, o sea los elementos de hecho en que ésta se fundaba:

*actori incumbit onus probandi,* [3] y lo mismo al demandado respecto de los elementos de hecho que constituían la base de su excepción: *reus excipiendo fit actor.* [4] Y ésto se hacía por medio de las pruebas que admitía la ley y que las partes promovían y evacuaban en el período o estado del juicio que seguía a la antes referida comparecencia, y que se llamaba estado de pruebas, como pasa en nuestros días. [5]

Generalmente los medios de prueba eran: testigos, documentos, el juramento y la confesión. [6] La prueba testimonial la promovían los litigantes, indicándole al Juez las personas que podían declarar acerca de los hechos cuyo esclarecimiento convenía ventilar, [7] y era aquel funcionario quien los hacía comparecer. Generalmente los testigos declaraban, oralmente, ante el Juez, en la audiencia y la contraparte tenía el derecho de repreguntarlos. [8] A veces, en casos excepcionales, como era, por ejemplo, cuando el testigo tenía que ausentarse antes de que se abriera el período de pruebas

---

(3) Esta misma doctrina es la del Derecho Venezolano, artículo 1.380, Código Civil.

(4) Esta misma doctrina es también la del Derecho Venezolano, (mismo artículo).

(5) Artículos 278 y siguientes, Código de Procedimiento Civil citado.

(6) El Derecho Venezolano trae estos mismos medios de pruebas.

(7) Arículo 290, Código de Procedimiento Civil citado.

(8) Artículo 349, Código de Procedimiento Civil citado.

y pudiese dar su declaración ante el Juez, se apresuraba el interesado a que la rindiera previamente, en cuyo caso el testigo deponía ante el Pretor, previa una exposición sumaria del asunto que le hacía el presunto litigante a quien interesaba la prueba. En el derecho contemporáneo también puede ésto hacerse, y ello es lo que se llama prueba preconstituída; [9] pero el testigo que rinde su declaración, fuera del período probatorio, necesita ratificarla más tarde en dicho período, a fin de que la contraparte pueda ejercer el derecho de repreguntarlo o de tacharlo, si encuentra motivos legales fundados para dudar de su imparcialidad.

Es punto debatido en el derecho romano el del número de testigos de que podían valerse las partes en el juicio, y parece que al principio no podía pasarse de cierto número, *(duntaxet decem)*, pero en el derecho clásico, según pasa todavía en nuestros días, el número de testigos podía ser ilimitado.

En cuanto a la apreciación de esta prueba, por parte del Juez, es evidente que en la época de Constantino se necesitaba, al menos de dos testimonios contextes para hacer prueba plena, no siendo suficiente el de uno solo. Pero el Juez era quien apreciaba el valor de la prueba, fuera del caso a que acabamos de referir-

---

(9) Véase doctor Arminio Borjas.—Comentario al Código de Procedimiento Civil Venezolano. Tomo III.

nos, tomando en cuenta el valor que le merecía la declaración del testigo, atendiendo a la fe que éste le inspiraba por sus antecedentes, conducta y honorabilidad. [10] Desde luego que había casos en que la doctrina presumía que algún vínculo de familia, un lazo de agnación, o de cognación, más tarde, o ciertas relaciones jurídicas existentes entre el litigante y el testigo presentado por él, hacía sospechoso o parcial la declaración de éste, y de aquí que en estos casos tachara el testimonio de esas personas. Así pasaba cuando era, por ejemplo, el ascendiente quien invocaba el testimonio de algún descendiente, o viceversa, o el patrono el de su liberto, o el marido el de su mujer. Tal sucedía, igualmente, con los abogados respecto de los asuntos que se les confiaban. [11]

---

(10) El artículo 367 del Código de Procedimiento Civil dispone que para la apreciación de la prueba de testigos el Tribunal examinará si las deposiciones de éstos concuerdan entre sí y con las demás pruebas, y estimará cuidadosamente los motivos de las declaraciones y la confianza que merezcan los testigos por su vida y costumbres, por la profesión que ejerzan y demás circunstancias, desechando en la sentencia la declaración del testigo inhábil, o del que apareciere no haber dicho la verdad, ya por las contradiciones en que hubiere incurrido, o ya por otro motivo, aunque no hubiere sido tachado, expresándose el fundamento de tal determinación.

(11) Los artículos 343 y 344 del Código de Procedimiento Civil citado ordenan que no podrán ser testigos en juicio: el menor de quince años, los entredichos por causa de demencia y quienes hagan profesión de testificar en juicio. Tampoco pueden testificar el magistrado en la causa en que está conociendo; el abogado o apoderado por la parte a quien represente; el vendedor, en causas de evicción, sobre la cosa vendida; los socios en asuntos que pertenezcan a la compañía. El heredero presunto, el donatario, el que tenga interés, aunque sea indirecto, en las resultas de un pleito, y el amigo íntimo, no puedan testificar en favor de aquellos con quienes les comprendan estas relaciones. El enemigo no puede testificar contra su enemigo. Los artículos 345 y 346 del mismo Código disponen que nadie puede ser testigo en contra, ni en favor de sus ascendientes o

La prueba documental era la que emanaba de los documentos o títulos o instrumentos, que es también el lenguaje de nuestros días, que producían las partes, en apoyo de sus pretensiones, y que el derecho romano llamaba: *tabulae* y también *instrumenta.* [12] Esta prueba no estaba sujeta en Roma a reglas formales; y el Juez la apreciaba pudiéndole dar a los títulos producidos la fe que le mereciesen. [13] Debemos advertir en este punto que el derecho moderno ha hecho lógicamente de los instrumentos públicos, un medio de prueba poderoso, por lo mismo que ellos están rodeados de una fuerza de verosimilitud que no alcanzó esta prueba en Roma. De aquí, pues, que entre el derecho romano y el derecho contemporáneo exista cierta diferencia en este punto: que en Roma, contra lo declarado en un instrumento producido por uno de los litigantes, se admitiera la prueba testimonial en contrario, lo que no se admite en el derecho moderno en que la fuerza de un instrumento público, y lo mismo la de los documen-

---

descendientes o de su cónyuge, y que el sirviente doméstico no podrá ser testigo ni en favor ni en contra de quien lo tenga a su servicio; que tampoco pueden serlo en favor de las partes que los presenten, los parientes consanguíneos o afines: los primeros hasta el cuarto grado, y los demás hasta el segundo grado, ambos inclusive, exceptuándose los casos en que se trate de probar parentesco o edad en los cuales hasta los ascendientes o descendientes pueden testificar.

(12) Artículos 315 y siguientes del Código de Procedimiento Civil citado.

(13) Véase Bonjean, obra citada.

tos privados, no puede destruirse sino por medio de un procedimiento especial que se llama tacha de documentos. [14] En Roma esta prueba por escrito tenía que ser de escaso valor, principal y señaladamente, en los primeros tiempos en que la costumbre que se tenía de poseer un *codex* donde constasen los *arcaria nomine,* le permitía al prestamista, en los casos del préstamo, pedir que el prestatario presentase ese libro de caja privado en donde debía aparecer el préstamo; prueba ésta que más tarde se simplificó cuando se trataba de banqueros quienes, obligados por el derecho pretoriano a llevar libros donde debían aparecer las operaciones que efectuaban, en ellos debía aparecer la constancia de cualesquiera sumas recibidas o entregadas.

El juramento era otro de los medios de prueba, hemos dicho. Los romanos reconocían cuatro clases de juramentos a saber: 1º el juramento deferido *in jure;* 2º el juramento deferido *in judicio;* 3º el juramento extrajudicial; 4º el juramento deferido de oficio por el Juez. Estos cuatro juramentos estaban, a su vez, comprendidos en dos categorías: juramentos necesarios y juramentos voluntarios; y con excepción del

---

(14) Artículo 1.414, Código Civil citado: artículos 318 y siguientes, Código de Procedimiento Civil citado.

tercero a los demás se los llamaba juramentos judiciales. [15]

El juramento *in jure* tenía lugar ante el Pretor cuando las partes se presentaban ante él pidiéndole la fórmula de la acción y las excepciones que debían insertarse en ella. Podía suceder en este caso que el presunto deudor, o sea el demandado, se refiriera al juramento que le defería al demandante, conformándose, de antemano, a lo que éste dijese. Entonces el Pretor no daba una acción *in factum,* en la cual la misión del Juez se reducía a averiguar si el juramento había sido prestado por el demandante. En esta clase de juramento el actor afirmaba la verdad de lo que reclamaba, y si pasaba que nada le debía su adversario, la acción de aquél quedaba extinguida. Podía suceder que, más tarde, el referido actor acudiese de nuevo ante el Pretor pidiéndole la fórmula de su acción, y en este caso lo que hacía el demandado era pedir que en las fórmulas se insertase la excepción llamada *juris jurandi,* que comprobada, acreditaba que el juramento había sido prestado por el actor, lo que traía por consecuencia que la acción fuera entonces declarada sin lugar.

---

(15) Artículos 1.434 y siguientes del Código Civil, y 306 y siguientes del Código de Procedimiento Civil citado. Debe advertirse que el derecho venezolano sólo reconoce dos especies de juramentos: 1º el que una parte defiere a la otra para hacer depender de él la decisión del juicio, llamando decisorio a este juramento; y 2º el que defiere el Juez, de oficio, a una u otra parte: (artículo 1.433 del Código Civil citado).

El juramento deferido *in judicio,* era el que se verificaba ante el Juez de la causa. [16] Los romanos calificaban este juramento de necesario, porque si era el demandado quien lo defería, el demandante estaba obligado a prestarlo, y si lo rechazaba perdía su acción, y viceversa, si era el demandado quien lo defería, que es el caso general, el demandado debía prestarlo, necesariamente, y si no lo hacía, el Juez lo condenaba. [17]

El juramento voluntario era el que se defería aparte de toda instancia judicial, y difería de los otros en que podía prestárselo o no, sin que la negativa tuviera ninguna consecuencia para su autor; pero una vez prestado el consentimiento de jurar, tal convención producía pleno efecto según el derecho pretoriano.

El juramento deferido de oficio era el que el Juez mismo provocaba cuando no encontraba plena prueba ya de la acción intentada, ya de la excepción opuesta. [18] En este caso era facultativo del Juez deferirlo

---

(16) Dispone el citado artículo 1.434 del Código Civil, que el juramento decisorio puede deferirse en toda especie de juicio civil, lo cual confirma el 306 del de Procedimiento también citado. Desde luego que no podrá deferirse sobre un hecho delictuoso, ni sobre una convención para cuya validez exige la ley un acto escrito; ni para contradecir un hecho que un instrumento público atestigua haber pasado en el acto mismo ante el funcionario público que lo ha recibido.

(17) El artículo 1.428 del Código Civil citado ordena que aquel a quien se defiere el juramento y rehusa prestarlo, y no lo refiere a su adversario, debe sucumbir en la demanda o la excepción, y del mismo modo debe sucumbir aquel a quien se le ha referido, si rehusa prestarlo.

(18) Artículos 1.445 del Código Civil citado, y 314 del Código de Procedimiento Civil, también citado.

o no. [19] Había un caso especial en que el Juez podía servirse de este medio probatorio, y era cuando no encontrando en el proceso prueba plena respecto del monto en que debía condenar al demandado, defería el juramento al actor , para fijar aquel monto. En este caso especial del *jusjurandum in litem*, que era el nombre con el que se conocía esta clase de juramento, el Juez no estaba ligado a condenar en el monto que había fijado el demandado en su juramento, sino que podía condenar en una suma menor y aun llegar a declarar sin lugar la acción. [20]

Debemos decir, por último, que el juramento no tenía en Roma un carácter esencialmente religioso, pues demandante y demandado tenían la libertad de escoger cualquiera fórmula ajena a toda religión. Las fórmulas generalmente empleadas eran estas: *per Jovem; per salutam suam; per genium principis*, según Ulpiano. [21] Ahora bien, el que cometía perjurio podía ser perseguido por la vía criminal; pero su perjurio no

---

(19) Mismo artículo, 1.445 del Código Civil.

(20) Mismo artículo 1445, caso 2º, y artículo 1.446, Código Civil.

(21) El artículo 311 del Código de Procedimiento Civil citado, dispone que en el acto de la prestación del juramento, la persona que debe prestarlo deberá hacerlo en audiencia pública, observando los ritos de la religión que profese, y circunscribiéndose en su contestación a los términos estrictos de la fórmula establecida, (que deberá ser propuesta por quien defiera el juramento), sin razonamientos, objeciones ni digresiones. Si quien deba prestarlo no lo hiciere por alegar que no profesa ninguna religión, se le admitirá el juramento por su honor y su consciencia, y si aun no lo prestare, se tendrá como si lo hubiese rehusado, para todos los efectos de la ley.

tenía influencia sobre el proceso civil en que el juramento había sido prestado. [22]

Respecto de la confesión, los romanos hacían una distinción acertada entre la confesión de las partes *in judicio,* y lo que ellos denominaban: *interrogatio in jure.* Referíase esta última, únicamente, a la averiguación de ciertos elementos que necesitaba el Pretor para redactar la fórmula, al paso que la confesión propiamente dicha era, como en nuestros días, la que recaía sobre el fondo del litigio. La regla era que a confesión de parte relevo de prueba, como se dice en la doctrina jurídica, lo que los romanos expresaban en esta fórmula: *confessus pro judicato habetur,* que era en el fondo, la regla que venía desde las XII Tablas según la cual confesar y condenarse eran equivalentes. Había, con todo, un caso en que la confesión del demandado no era bastante por sí sola, lo que acontecía cuando aquél se había limitado a confesar que debía una cantidad cuyo exacto monto no fijaba. En este caso, el Juez podía obligar al demandado a que fijara el monto, y si el demandado no lo hacía, nacía de su confesión la acción llamada *confessoria,* cuya finalidad era el nombramiento de un Juez, para quien su sola misión quedaba reducida a fijar aquel monto. Sucedía a veces que era el demandado quien promovía la

(22) Artículos 243 y siguientes del Código Penal.

prueba de la confesión, en cuyo caso, confesados por el actor los hechos en que el demandado había fundado su excepción, la misión del Juez se reducía a declarar sin lugar la demanda. [23]

---

(23) En el derecho venezolano, la confesión es judicial o extrajudicial: (artículo 1.426 y siguientes del Código Civil citado). Respecto de la primera dispone el artículo 296 del Código de Procedimiento Civil, que quien sea parte en el juicio estará obligado a contestar, bajo juramento, las posiciones que le haga la parte contraria sobre hechos pertinentes de que tenga conocimiento, siendo de advertir que sólo podrán efectuarse desde el día de la litis-contestación, antes o después de ésta, hasta el momento de comenzar los informes de las partes para sentencia. Ahora bien, se tendrá por confesa en las posiciones que la parte contraria haga legalmente en presencia del Tribunal: a la que se negare a contestarlas, a la que citada para absolverlas, no comparezca sin motivo legítimo, o a la que se perjure al contestarlas, respecto de los hechos a que se refiere el perjuicio. Para estampar las posiciones a la parte no concurrente, la ley ordena que transcurra un lapso de sesenta minutos a partir de la hora fijada para absolverlas: (artículo 298, mismo Código). Dispone igualmente la ley que tanto la pregunta como la contestación deberán ser verbales; que los hechos acerca de los cuales se exija la confesión deberán expresarse en forma asertiva, siempre en términos claros y precisos, de manera que puedan ser entendidas sin dificultad; que la contestación debe ser directa y categórica, confesando o negando la parte cada posición, teniéndose por confesa a aquella que no responda de una manera terminante, excepción del caso en que se trate de instrumentos públicos a los que podrá referirse el absolvente: (artículos 299, 300 y 301, mismo Código). Dispone también la ley que el absolvente no podrá leer ningún papel para dar su contestación, a no ser que se trate de cantidades u otros asuntos complicados, a juicio del Tribunal, caso en el cual se permitirá consultar sus apuntes y papeles, dándosele para ello tiempo, si fuere necesario; y que la citación para absolver posiciones deberá hacerse personalmente para el día y la hora designada: (artículos 302 y siguientes del mismo Código). Respecto de la confesión extrajudicial no puede probarse por testigos, sino en los casos en que la ley admita esta última prueba, y cuando se hace a un tercero produce sólo un indicio: (artículos 1.428 y 1.429, Código Civil citado .

Nota.—Para estudiar los medios de prueba en el derecho venezolano, pueden consultarse: doctor Ramón F. Feo, "Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil", tomo II; y doctor Arminio Borjas, obra y tomo citados.

## CAPITULO VIII

## SENTENCIA

Terminado el período de evacuación de las pruebas, se procedía a lo que en el derecho contemporáneo se llama vista y sentencia de la causa, [1] que terminaba en Roma por la exposición oral, o alegatos que hoy decimos, que producían las partes ante el Juez encargado de sentenciar la causa. [2] Estos alegatos versaban tanto sobre las cuestiones de derecho como sobre los puntos de hecho que aparecían de las pruebas, aduciéndose en favor de las primeras los textos legales así como Constituciones Imperiales y Edictos de los Magistrados, si la fórmula lo permitía, las costumbres y también los Senado-Consultos, y las respuestas de los prudentes evacuadas en vista de los puntos que se debatían en el juicio, siendo potestativo del Juez acudir

---

(1) Artículos 393 y siguientes, Código de Procedimiento Civil citado.

(2) Artículo 405, mismo Código.

a los Magistrados en consulta de las referidas cuestiones legales, pero no en punto de los hechos que se discutían y que él debía apreciar con arreglo a las pruebas promovidas y evacuadas. También se le permitía asesorarse con personas cuya experiencia y luces le inspiraban confianza, hecho lo cual pasaba a dictar su fallo. [3]

La declaración que hacía el Juez sobre la acción intentada y la excepción opuesta después de la vista de la causa, o sea en Roma después que había pasado el período probatorio, se la denominaba *sententia*, y así ha seguido llamándose en nuestros días. [4] Primitivamente el Juez pronunciaba su sentencia de viva voz en la audiencia, pero no le estaba prohibido que la escribiese antes con tal de darle en dicha audiencia lectura a las *tabulae* que la contenían. Finalmente era obligatorio para el Juez redactar por escrito su sentencia. Era regla fundamental en Roma—que ha se-

---

(3) La legislación venezolana concede a los litigantes el derecho de pedir consulta de Asesor, en cuyo caso se le pasará a éste el expediente para que rinda su dictamen, siendo potestativo del Juez de la causa acogerlo o separarse de él: (artículos 399 a 403, Código de Procedimiento Civil citado). Se les concede igualmente a las partes litigantes el derecho de elegir asociados que constituyan con el Juez de la causa un Tribunal colectivo que conozca del litigio y lo decida por mayoría de votos. En este caso cada parte presenta una lista de tres personas que reúnan las condiciones que pautan la ley orgánica y el citado Código, y de cada lista escogerá uno la parte contraria. Si ambas partes, o alguna de ellas, no concurrieren al acto en que debe hacerse la elección, el Juez o la Corte harán sus veces en la formación de ternas y elección de asociados: (artículos 394 a 398, mismo Código).

(4) Artículos 160 y siguientes del Código de Procedimiento Civil citado.

guido siéndolo también hasta nuestros días—el que la sentencia debía ser motivada. [5] Para condenar o para absolver, el Juez debía exponer los motivos que le habían inspirado llegar a una de esas conclusiones. La sentencia que no contenía considerandos, no constituía sentencia, propiamente, y era nula. [6] Había también otra regla en Roma que no ha pasado al derecho moderno, y era la de que ambas partes debían estar presentes en la audiencia en que se la dictaba. Si alguno de los litigantes no lo estaba, la sentencia no producía efecto contra el no presente, a menos de que se recurriera a un procedimiento especial de rebeldía. Ahora bien, cuando las condiciones legales, antes apuntadas, habían sido cumplidas, la sentencia del Juez cerraba el proceso y le ponía término al litigio. De aquí que una nueva acción que intentara el actor por los mismos motivos, la podía rechazar el demandado por medio de la excepción: *rei judicate.* [7] Había todavía más, y era, que una vez pronunciada la sentencia, pasaba a ser irrevocable, y de aquí la expresión: *res judicata pro veritate habetur.* Tal es también la regla en el derecho moderno, salvo el recurso de apelación que tiene el litigante que sucumbió, o ambos litigantes, cuando

(5) Artículo 162, mismo Código.

(6) Mismo artículo.

(7) Artículo 257 del Código de Procedimiento Civil, caso 2º. La ley venezolana coloca esta excepción entre las de inadmisibilidad de la demanda.

el Juez dicta una sentencia no aceptable a los ojos de aquéllos. [8] Pero tanto el derecho romano como el contemporáneo están acordes en distinguir la sentencia, propiamente dicha, que es ésta que le pone término al juicio y que es irrevocable para el Juez que la dicta, de lo que los romanos llamaban *interlocutiones, jussus* y *mandata,* denominados en el derecho de nuestros días autos y sentencias interlocutorias, los cuales, una vez dictados por el Juez, si son susceptibles de ser revocados o modificados por el Juez mismo que los dicta. Para evitar toda confusión en este punto, debemos advertir que en el derecho de nuestros días hay sentencias interlocutorias que, una vez dictadas por el Juez de la causa, no puede él revocarlas, porque están sujetas al recurso de apelación a que antes aludimos, [9] quedando la regla romana en examen, aplicable, únicamente, a los casos en que, por no existir ese derecho de apelación, es el Juez de la causa quien está encargado de revocar o modificar dichos actos—por contrario imperio—como hoy se dice.

Por lo demás, la sentencia producía una verdadera novación que extingue la relación jurídica preexistente que nacía de la *litis contestatio,* y como en Roma

---

(8) Artículo 175, Código de Procedimiento Civil citado.

(9) Artículo 176, mismo Código. Según este artículo las únicas sentencias interlocutorias sujetas a apelación son las que producen gravamen irreparable.

la condenatoria debía ser pecuniaria, el efecto de la sentencia era sustituir lo que se reclamaba por esta condenatoria que se hacía valer por medio de la acción *judicati*, equivalente a lo que llamamos en nuestros días: ejecución de la sentencia. [10]

Debemos decir, por último, que la sentencia debía conformarse a lo estatuído por el derecho: el Juez debía explícitamente ceñirse a lo que las leyes disponían concerniente a los puntos que se debatían en el proceso. De aquí que debía atenerse, a lo ordenado por el derecho civil y sus fuentes, y no al derecho pretoriano, a menos que el Pretor, al redactar la fórmula, hubiese dado entrada en ella a alguna excepción admitida por el derecho honorario aun cuando no lo estuviera por el derecho civil. De aquí que cuando el Juez se salía de esta regla fundamental, no sólo la sentencia era nula, sino que el Juez incurría en la pena de deportación. [11]

---

(10) Artículos 446 y siguientes, Código de Procedimiento Civil citado.

(11) Con arreglo a lo ordenado por el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil citado, los Jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán escudriñar en los límites de su oficio, debiendo atenerse a lo alegado y probado en autos, y sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hechos no alegados ni probados. No podrán declarar con lugar la demanda sino cuando a su juicio, exista plena prueba de la acción deducida. En caso de duda sentenciarán a favor del demandado, y en igualdad de circunstancias, favorecerán la condición del poseedor, prescindiendo en sus decisiones de sutilezas y de puntos de mera forma. Debe advertirse que cuando la ley dice: "el Juez o Tribunal puede o podrá", se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad: (artículo 13, mismo Código).

Hemos expuesto hasta aquí, en líneas generales, la marcha del procedimiento ordinario, o sea el que debía seguirse para la tramitación de toda controversia judicial que no tuviera señalado en la ley algún procedimiento especial. Pero había casos excepcionales en los que era este procedimiento especial el que debía seguirse. La naturaleza misma de estos casos especiales, era la que imponía una tramitación excepcional. Así, por ejemplo, en los asuntos no contenciosos o sea los llamados de jurisdicción voluntaria, o en los contenciosos mismos, pero de un carácter excepcional que los apartaba de los demás casos generales, el Pretor resolvía por sí y ante sí las cuestiones que se le sometían. Así pasaba, por ejemplo, en los casos en que se trataba de dar la posesión de bienes, o cuando se trataba de ejecución de una sentencia, o de un fideicomiso, y así otros más. Había casos en que la necesidad de un procedimiento breve y sumario, excluía por su naturaleza misma, la marcha lenta y pesada del procedimiento ordinario, como pasaba con las acciones interdictales. Había otros en que había necesidad de la intervención de personas que tuvieran conocimientos técnicos para resolver con acierto los puntos que se ventilaban, como sucedía con los juicios de deslinde y la intervención en ellos de los agrimensores. Había otros casos, por último, como pasaba con el de la ejecución de alguna sentencia, antes citado, en que se im-

ponía la necesidad para el Juez de nombrar árbitros o ejecutores cuyo papel se reducía a llevar a efecto lo que el Juez había ordenado y estatuído en la sentencia. En todos estos casos, y en otros análogos, y tal como sucede en el derecho contemporáneo, la regla general del juicio ordinario quedaba excluída, sustituyéndosela por procedimientos especiales en que sólo había de común con el procedimiento ordinario *la vocatio in jus.* [12]

---

(12) El Código de Procedimiento Civil citado divide los procedimientos especiales en procedimientos especiales contenciosos, y procedimientos especiales no contenciosos. El arbitramento, la vía ejecutiva, la ejecución de la hipoteca, los procedimientos relativos al matrimonio, a la tutela y curatela, a la interdicción, a la inhabilitación y a las sucesiones hereditarias, los interdictos, el concurso de acreedores, el deslinde de tierras, las demanda en que tengan interés las rentas públicas, la ejecución de los actos de autoridades extranjeras, y otros más, entran en la primera categoría. Los consentimientos, el depósito de personas, las autorizaciones a la mujer casada, el procedimiento en asuntos de tutela, el de los testamentos, inventarios, y herencia yacente, así como la entrega de bienes vendidos y las justificaciones para perpetúa memoria, que llama la ley, pertenecen a la segunda categoría. El mismo criterio que aconsejaba en el derecho romano estos procedimientos especiales es el que priva en el derecho contemporáneo, y por consiguiente en el Código mencionado, como sucede, por ejemplo, con la celeridad que reclaman los casos en que se aplican los interdictos, y con el juicio de deslinde en que si hubiere necesidad de prácticos el Juez está autorizado para nombrarlos: (artículo 646, Código citado).

# CAPITULO IX

## PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO

El procedimiento extraordinario, o sea el que se practicaba bajo los Emperadores Cristianos, y al cual vamos a consagrarle algunos desarrollos, no fué sino una excepción elevada a la categoría de regla general por una Constitución de Diocleciano dictada el año 294 de la Era Cristiana, pareciendo averiguado que aun cuando dicha Constitución fuera sólo dictada para las Provincias, se la aplicó también en Roma. Y era que, en realidad, el procedimiento ordenado por el referido Emperador no vino a constituir una innovación sino, como hemos dicho, la generalización de un procedimiento especial que se practicaba desde los tiempos más remotos del derecho romano, en la época misma de las *legis actiones,* y por el cual, excepcionalmente, el Magistrado cuyo papel se reducía a remitir los litigantes ante un Juez, o a redactar la fórmula que debía servir de pauta a éste para esclarecer y decidir las

cuestiones de hecho y de derecho que esa misma fórmula planteaba, se incautaba del asunto y abocaba su conocimiento para sustanciarlo y terminarlo con el fallo que dictaba. Por la referida Constitución de Diocleciano la acción, pues, dejó de tener el carácter de persecutoria *in judicio,* para tener sólo el de persecutoria ante la Justicia, representada en este caso por el Magistrado, quien se encargaba, desde que esa acción se iniciaba, de sustanciarla y decidirla y, por último, de ejecutarla.

Se recordará que cuando nos referimos al procedimiento formulario dijimos que, en la práctica, los litigantes, para evitar las largas tramitaciones que constituían el procedimiento *in jus,* habían introducido la práctica de la *denuntiatio actionis,* que consistía en darle el actor a la contraparte conocimiento previo de los motivos que lo llevarían a intentar su acción, conviniendo con éste, además, en la fecha en que debían comparecer juntos ante el Pretor en solicitud de la fórmula de la acción. Esta práctica es la que, en el fondo, se sigue en nuestros días; por lo que el demandante le pasa al demandado una copia del libelo que contiene su demanda para que el último se presente ante el Juez, en cierto plazo prefijado, a declarar si conviene en la acción o si la contradice, y para oponer las defensas previas o de fondo que la ley admi-

te. [1] Antes de Constantino, este procedimiento de nuestros días, difería del romano en que la *denuntiatio* no era un acto judicial que se hacía con la intervención del Tribunal, sino un acto puramente privado de parte del actor; pero el nombrado Emperador hizo público este paso previo a la litis contestación, aun cuando no haya prueba de que se lo practicara con la intervención judicial. Se sabe que el acto era público, porque le daba autenticidad a la copia del libelo que se le pasaba al demandado, un oficial público que tenía el *jus actorum conficiendorum.* Pero en casos especiales era la práctica que el demandante le presentara al Juez el libelo de la demanda pidiéndole que emplazara al demandado, lo cual efectuaba el Magistrado por medio del Alguacil del Tribunal, tal como se hace en nuestros días. [2] Había también un modo solemne de hacer practicar el emplazamiento o citación del demandado, y era dirigiéndose el actor al Emperador, quien dictaba a tal efecto un Rescripto por el cual enviaba a los litigantes por ante el Gobernador de la Provincia.

---

(1) El artículo 236 del Código de Procedimiento Civil citado, dispone que el juicio ordinario principiará por demanda, que se propondrá por escrito, y de la cual, con arreglo a lo estatuído en el artículo 241 del mismo Código, compulsará el Secretario del Tribunal tantas copias cuantas partes demandadas aparezcan en él, certificando su exactitud; y en seguida se extenderá orden de comparecencia para la litis contestación, orden que autorizará el Juez, expresándose en ella el día y la hora señalados para la contestación.

(2) Véase Bonjean, obra citada.

No hay prueba exacta del plazo que tenía el demandado para comparecer a contestar la demanda: se cree que fuera de cuatro meses y que podía prolongárselo por una sola vez. [3] Si llegado el día de la comparecencia no asistía el demandante, empezaba a contarse el plazo de la perención de la instancia; pero si era el demandado quien no concurría, seguíase contra él el juicio en rebeldía. Podía darse el caso de que su no comparecencia fuera debida a una justa causal, y en este caso, por medio de la *reparatio denuntiatonis* podía obtenerse del Emperador un nuevo plazo para contestar la demanda. Podía suceder también que una de las partes muriera durante el proceso, y entonces lo que se hacía era continuarlo con los herederos a quienes se les daba un plazo que debía contarse a partir de la fecha de la adición de la herencia. [4]

Había casos especiales en que no se necesitaba esperar el largo plazo para contestar la demanda que acordaba el juicio ordinario, y en los cuales se le daba al demandado un plazo breve para que compareciera,

---

(3) En el derecho venezolano, en el caso del juicio ordinario, el plazo es de diez días que se contarán por días que no sean feriados ni de vaciones, haya o no audiencia con tal de que haya Secretaría: (artículos 244 y 156 del Código de Procedimiento Civil citado).

(4) Tenemos ya analizada, al citar el artículo 276 del mencionado Código de Procedimiento Civil la situación legal cuando falten el demandado o el demandante a la litis contestación. Ahora bien, si la persona emplazada para ésta muere antes del día fijado o en el acto mismo, deberá suspenderse la actuación, y se hará nuevo emplazamiento a los herederos: (artículo 275, mismo Código).

bastando a este efecto una simple citación sin necesidad de *denunciatio* ni de *editio rescripti.* Así pasaba, por ejemplo, en el caso del interdicto *unde vi.* Más tarde se extendió esta excepción a los asuntos que no pasaban de cien sólidos, a los fideicomisos, a la querela de inoficioso testamento, a la acción de tutela y a otros casos más. (5) Bajo Justiniano quedó, definitivamente, organizado el sistema del emplazamiento del demandado, porque este acto, por medio del libelo de la demanda, quedó generalizado y obligatorio, y dispuestas las cosas de una manera tan equitativa, que el demandante garantizaba, por medio de una fianza o por el del juramento, que proseguiría la acción hasta sentencia definitiva e indemnizaría al demandado de los gastos que éste hubiese hecho, caso de que él abandonara el juicio; y el demandado, a su vez, por medio de otra fianza, se obligaba a comparecer el día de la constestación de la demanda, que debía verificarse diez días después de citado y que el mencionado Emperador extendió hasta veinte, y proseguir el litigio hasta sentencia. Cuando el demandado no tenía medios para prestar esta fianza, se lo guardaba en prisión hasta el día en que debía comparecer, o quedaba bajo

---

(5) Rige el mismo principio en el derecho venezolano, y en casos especiales puede acordarse el emplazamiento hasta de una hora para otra como pasa en materia de comercio, y en los casos de interdicto y otros.

la guarda del Alguacil del Tribunal que practicaba la citación, *(Executor)*.

Veamos ahora las consecuencias que entrañaba para las partes su no comparecencia a la contestación de la demanda, *(litis contestatio)*, que no era en esta última faz del procedimiento romano sino la exposición que hacía el demandado antes de procederse a discutir el fondo del proceso y a la promoción de las pruebas. Cuando era el demandado quien no comparecía, y sucedía que su no comparecencia se debía a que no lo había hallado el alguacil del Tribunal encargado de llevar a cabo la citación, se procedía entonces contra él en rebeldía, y el demandante estaba obligado a comprobar los fundamentos de su acción, hecho lo cual venía la condenación del demandado. Podía darse también el caso de que el demandado no compareciera después de haber firmado la citación y de haber prestado fianza. En estos casos se podía proceder contra el fiador para hacer efectiva la fianza, o se podía apremiar al citado, por medio de multas, a que compareciera, y si estos medios no resultaban eficaces, se le seguía entonces el juicio en rebeldía.

Este procedimiento del juicio en rebeldía sufrió algunas modificaciones bajo el imperio del sistema que estamos examinando, porque era el Juez mismo de la causa quien dictaba tres decretos o autos emplazando al demandado, y de los cuales el último era perento-

rio; de modo tal que si el demandado no se presentaba, el Juez daba por contestada la demanda, y el demandado quedaba privado del beneficio de oponer excepciones y de promover y evacuar pruebas que destruyesen las de su adversario. [6] Ahora bien, si éste comprobaba su derecho—como antes dijimos—el Juez declaraba con lugar la demanda. Innegablemente que este procedimiento que se seguía en esta última etapa del sistema procesal del derecho romano era más equitativo que el anterior, porque el rigor de declarar condenado al demandado que se ocultaba, sin exigir que el actor comprobara su acción, queda atemperado por la obligación legal en que éste estaba de acreditar que, realmente, su reclamo era justo, y porque la *missio in bona*, que seguía a la condenatoria del demandado, no sólo estaba sujeta a la prueba a que acabamos de referirnos, sino que se la limitaba a cierta porción de los bienes del demandado que bastaran a los reclamos del acreedor, sin acudir a una total desposesión del deudor, que no se verificaba en este sistema, sino en el caso especial de un concurso de acreedores. Dió todavía un paso más avanzado el sistema procedimental

(6) Por nuestro sistema, como se notó, el juicio en rebeldía se sigue contra el demandado que no comparece al acto de la litis contestación, y si bien es verdad que no puede oponer ninguna excepción por ser aquella la única oportunidad legal en que podría hacerlo, sí se le admite a que promueva pruebas y a que las evacue, para tratar de comprobar cuanto le favorezca: (artículo 276, ya mencionado, Código de Procedimiento Civil).

en examen, y haciendo entrar en él ampliamente a la equidad, no sólo daba un largo plazo para proceder a la ejecución de la demanda, en estos casos de juicio en rebeldía, sino que aun después de la condenatoria misma, y antes de ser ejecutado el fallo, podía obtener el demandado que se le acordase el derecho de defenderse siempre, naturalmente, que lo hiciese reembolsando al actor de cuantos gastos hubiere hecho éste o bien presentando un fiador.

Había un caso muy especial en el derecho romano, y que no existe en el derecho moderno, y con sobra de razón, y era el siguiente: podía suceder que el demandado se hubiera presentado a contestar la demanda que se le había propuesto, pero que luego se negase a proseguir el juicio y a no presentar sus defensas. En este caso, el derecho contemporáneo no toma en cuenta este abandono de sus excepciones que hace el demandado, sino que como ambas partes están a derecho, y hay períodos determinados o estados del juicio en que se deben promover y evacuar las pruebas, si el demandado guarda silencio respecto de sus medios de defensa, la misión del Juez se reduce sencillamente a examinar si el actor ha comprobado su derecho, y a declarar luego con lugar la demanda. Pero en el derecho romano no sucedía así, porque el actor estaba obligado a pedir que, por tres veces, a plazos de diez días para cada citación, se requiriese al demandado a pre-

sentar sus defensas, no hecho lo cual se proseguía al juicio en rebeldía bajo las condiciones y con las consecuencias antes apuntadas. Tenía así el Procedimiento Romano una enérgica sanción para este caso, y era que el demandado, ni aun prestando fianza, podía más tarde defenderse, como hemos visto que si pasaba en el caso de la rebeldía ordinaria.

Veamos ahora las consecuencias que tenía la no comparecencia del demandante. Bajo Justiniano quedó perfectamente reglamentada dicha posición así: el demandado podía obtener lo que se llamaba la absolución de la instancia, en cuyo caso se le admitía a que así lo demandase al Tribunal, condenándose al actor a pagar los gastos que le hubiera ocasionado al demandado, pero quedando éste expuesto, a que más tarde volviese aquél a intentar su acción. [7]

Tenía otro medio también el mismo demandado, que era el de seguir el procedimiento de la rebeldía, ya antes analizado, dar su contestación, suministrar la

(7) Dispone el artículo 162, ya mencionado, del Código de Procedimiento Civil, que toda sentencia debe contener decisión expresa, positiva y precisa, con arreglo a las acciones deducidas y a las excepciones o defensas opuestas, condenando o absolviendo, en todo o en parte, nombrando la persona condenada o absuelta y la cosa sobre que recae la condenación o absolución, sin que en ningún caso pueda absolverse de la instancia. Lo que impide, pues, nuestra legislación es que, con nuevos recaudos, pueda el actor intentar de nuevo la misma acción contra el demandado. Absolver de la instancia equivaldría, pues, a que ésto pudiera hacerse. En realidad lo que había en el derecho romano era más bien lo que llamamos en nuestros días perención de la instancia, que no extingue la acción, ni los efectos de las decisiones dictadas, ni las pruebas que resulten de los actos, sino que hace nulo el procedimiento. (Véanse artículos 201 a 204 del Código de Procedimiento Civil citado).

prueba de sus excepciones, y obtener, caso de ser completa esta prueba, que la acción se la declarase sin lugar. El procedimiento tenía el inconveniente de que, en este caso, el demandado tenía que esperar un año para que se dictase sentencia en su favor, pero desde el punto de vista de la equidad, y en aplicación de la regla que se seguía cuando era el demandado quien no comparecía, se le admitía al actor que antes de dictarse el fallo se repusiese el juicio al estado de contestación de la demanda pero indemnizando, naturalmente, al demandante de los gastos que éste hubiese hecho.

El mismo caso especial, inverso al que tuvimos ya ocasión de examinar como una peculiaridad del derecho romano, aun cuando no del derecho moderno, pasaba cuando el actor, después de haber estado presente en el acto de la contestación de la demanda, no presentaba las pruebas de su acción. En este caso, para obtener el demandado el beneficio de la absolución de la demanda, lo que hacía era esperar los tres años que debían transcurrir en Roma para la perención de la instancia, y antes de que este plazo venciese, promover entonces el procedimiento de la rebeldía, también ya anteriormente examinado. Para terminar el análisis de este punto, diremos que en Roma, en los casos en que se seguía el procedimiento en rebeldía, el que incurría en él pagaba las costas aun cuando ganara el proceso, y perdía el derecho de apelación, a menos que

sostuviera y probara que dicho procedimiento no había sido seguido con arreglo a derecho. [8]

Pasando ahora a los efectos de la *litis contestatio*, y a las pruebas y sentencia en el procedimiento del Bajo Imperio, debe notarse que la primera no venía a ser sino el acto en que el demandado convenía o no, total o parcialmente, en lo que se le demandaba, y a la vez en el que le era dado oponer alguna excepción. De tal suerte que en dicho acto quedaban precisadas las cuestiones de hecho y de derecho sobre las cuales debían versar luego las pruebas que promovieran y evacuaran ambos litigantes, que es como pasan las cosas en el actual sistema procedimental. En los tiempos primitivos, la litis contestación, como se recordará, no era sino una invocación solemne que se hacía ante testigos, y que debía necesariamente cumplirse antes de que el Juez examinara y apreciara las pruebas para dictar su fallo; y en el sistema formulario la obtención de la fórmula.

Con respecto a las pruebas en el sistema en examen, debemos decir que se empleaban casi idéntica-

---

(8) Estas reglas no han pasado a nuestro derecho, porque la condenación en costas queda a la apreciación del Tribunal, como ya se notó, cuando éste encuentra que ha habido temeridad de parte de alguno de los litigantes, y mal podría haberla en el caso de que el actor no ha comprobado suficientemente los fundamentos de su acción, y en cambio el demandado, aun cuando no haya concurrido al acto de la litis contestación, ha acreditado en el período de las pruebas no deber lo que se le demanda.

mente los mismos medios de prueba que se practicaban en el sistema formulario, con las solas innovaciones introducidas por los Emperadores Constantino y Justiniano quienes ordenaron, respectivamente, que los testigos debían prestar juramento antes de declarar, lo cual ha seguido practicándose hasta ahora, y luego el deber en que estaba cada testigo de declarar, a menos de poder invocar una causa legítima de excusa, que es también la regla en nuestros días, por lo cual el Juez puede apremiar con multas al testigo que no quiera comparecer. [9]

Respecto de la sentencia, produce los mismos efectos que en el sistema formulario, salvo que la condenatoria no era necesariamente pecuniaria, como si debía serlo en aquel sistema, y en que la cosa juzgada no extinguía sino indirectamente la relación existente antes entre las partes. En otros términos: la *exceptio rei judicatae,* reconocida por los jurisconsultos clásicos, vino a darle una base más lógica a la sentencia, porque el carácter extintivo que antes tenía la litis contestación pasó a la sentencia, evitándose con ello el que pudieran dictarse sentencias contradictorias respecto de un mismo objeto.

(9) Artículos 347, 350, y 359, Código de Procedimiento Civil citado.

## CAPITULO X

## DE LAS DIFERENTES ACCIONES.- (a) ACCIONES REALES, PERSONALES Y MIXTAS

Hechas las observaciones que contienen los Capítulos que anceden, pasamos en éste a ocuparnos en el estudio de las diferentes acciones y de sus divisiones, las cuales alcanzaron su desarrollo bajo el Sistema Formulario. Los jurisconsultos clásicos dividieron las acciones en varios grupos, de los cuales los principales eran estos: (a) acciones reales, personales y mixtas.

Debemos recordar que cuando hubimos de referirnos a la teoría de los derechos reales y personales, hicimos hincapié en la distinción que hizo el derecho romano entre los *jura in re* y los *jura ab rem.* En los primeros, las relaciones jurídicas entre la cosa y la persona a quien esa cosa pertenecía, estaban de tal modo en la cosa misma que dondequiera que ésta se hallaba estaba aquel derecho, y de aquí la conocida expresión doctrinaria de que la cosa clama por su

dueño. Por ésto fué por lo que el derecho de propiedad era considerado real, y por lo que a la acción reivindicatoria que sancionaba aquel derecho se la colocaba entre las llamadas reales. Esta clase de derechos era de los que se ejercían contra todos: *jus adversus omnes,* porque residiendo el derecho como si dijeramos en la cosa misma viajaba con ella. Los *jura ab rem,* o sea los derechos personales eran, por el contrario aquellos que no podían ser ejercitados contra todo el mundo, sino contra determinadas personas: *adversus certam personam,* porque no era la cosa misma la que tenía, digamos, el sello del derecho que alguien quería ejercer, sino que eran una o varias personas determinadas las que debían esa cosa, de modo tal que era siempre un ente determinado, y no una cosa, el obligado, como sucedía, por ejemplo, cuando una persona se comprometía a hacer o a no hacer algo en provecho de otra. En el derecho real existía una relación directa entre la persona del dueño y la cosa que le pertenecía: en el derecho personal puede que se tuviera derecho a una cosa determinada, pero era siempre a través del deudor de la obligación, de entregar esa cosa, como podía llegarse a ella. El derecho real era directo: el personal, indirecto.

Ahora bien, de una manera general, estos principios distintivos de ambos derechos pueden aplicarse, para la distinción de acciones reales y de acciones per-

sonales. Desde este punto de vista general, la acción reivindicatoria era de las llamadas reales en el derecho romano, porque sancionaba un derecho real y podía ejercitarse contra cualquiera persona que apareciese poseyendo o reteniendo la cosa que era objeto de la acción. La excepción *quod metus causa,* era también real, porque podía oponérsela, *adversus omnes,* sin atender a que se tratara o no del autor de la violencia. En cambio, la excepción de dolo se consideraba personal, porque no podía oponérsele sino a la persona que había cometido la maquinación fraudulenta para con la persona de quien pretendía el autor del dolo que cumpliera la obligación. En general, también, las acciones que emanaban de los contratos eran personales, porque el reclamante estaba obligado a pedir que la *intentio* se concibiera *in personam,* al paso que la *intentio* de las acciones reales era *in rem,* y no indicaba el nombre del demandado, lo cual era esencial en el caso de las acciones personales. Con todo, debemos guardarnos de emplear estas expresiones de una manera absoluta y decir que las acciones reales, que también eran llamadas *petitiones* y *vindicationes,* eran las que se daban para asegurar un derecho real o evitar la violación de este derecho, y acciones personales las que no permitían la violación de una obligación, tomando esta expresión en el sentido técnico que tiene en la doctrina romana. Hemos dicho que estas expresiones po-

dían emplearse en un sentido general, pero no absoluto, y la razón estaba en que en Roma el derecho de propiedad, fuera de la acción reivindicatoria que era el tipo de las acciones reales, estaba protegido también por las acciones personales, del propio modo que también lo estaba la acción noxal, que clasificaban entre las personales los jurisconsultos romanos, no obstante tener todos los caracteres de una acción real, por inducirlos a ello la fuente de la acción que era el delito cometido por el esclavo y el mismo que daba origen a las acciones *ab rem*, y no a las *in rem*. Lo mismo pasaba con la acción *quo metus causa,* que a la vez que se daba contra el autor de la violencia y sus herederos respecto de lo en que se hubieran enriquecido, todo lo cual le daba un carácter personal, se intentaba, sin embargo, *adversus omnes,* aun contra el poseedor de buena fe de la cosa arrancada por violencia.

Subdividían los romanos las acciones reales en civiles y pretorianas. Eran civiles: la reivindicatoria, que era la que correspondía al aseguramiento del derecho de propiedad, la confesoria y la negatoria, que estaban destinadas a proteger las servidumbres, y la petición de la herencia. Las acciones reales pretorianas eran la publiciana, la contra publiciana, la pauliana, la serviana, y la cuasi serviana o hipotecaria.

## ACCIÓN REIVINDICATORIA

La acción reivindicatoria correspondía ejercerla al que era propietario civil o quiritario de una cosa que estaba en el comercio, bien la hubiera adquirido según el derecho civil o con arreglo al derecho de gentes. Exigíase, además, que el reivindincante no fuera un simple poseedor, porque decían los romanos que éste no tenía interés sino en mantener su posesión y no en reivindicar, lo cual le estaba asegurado por medio de los interdictos, que, como veremos eran acciones especiales destinadas a mantener al poseedor en el goce pacífico de su posesión. Generalmente la acción reivindicatoria era ejercitada contra el poseedor legítimo, o sea, contra que el que poseía con ánimo de dominio; pero según Ulpiano podía intentarse asimismo contra el poseedor precario: un depositario, un comodatario, o un locatario. Requeríase también, para el ejercicio de la acción en examen, que la cosa no sólo existiera en el momento en que se intentaba la acción, sino también cuando se dictaba la sentencia, lo cual estaba en la naturaleza de la acción. Sucedía a veces que la cosa existía, pero confundida en un todo con un cuerpo principal, como en los casos en que por accesión se incorporaban o se confundían unas cosas con otras, que era como si jurídicamente no existiesen. Entonces lo que se hacía era ésto: si la cosa accesoria podía ser desprendida de la principal, el propietario tenía la

acción *ad exibendum* para que la cosa le fuera presentada separadamente, y después la reivindicaba. Cuando eran, por ejemplo, materiales que habían sido empleados en un edificio, entonces, por razón de ornato, el edificio no podía ser destruido, a fin de que el propietario pudiese reivindicar sus materiales, sino que se le daba la acción de *tigno juncto* que le daba derecho a exigir una suma doble del valor de los materiales, a menos que el edificio se arruinara o fuera demolido por otras causas, en cuyo caso el propietario de los materiales quedaba en libertad de reivindicarlos.

El actor debía probar en el curso de la acción reivindicatoria, que él era propietario de la cosa, quedando descartada la prueba respecto de la posesión, que no podía acumularse a lo petitorio, como se dice en nuestros días. [1] El procedimiento romano de las acciones de la ley permitía en Roma que, previamente al juicio petitorio, el Pretor examinara el punto de la posesión, y la adjudicara a alguno de los litigantes. Cuando vino el sistema formulario, las acciones especiales que garantizaban la posesión, y a las que nos hemos referido ya, resolvían satisfactoriamente el conflicto. Ahora bien, en ambos casos, cuando la posesión se le adjudicaba al demandado, los derechos eventuales del propietario sobre lo principal y sobre

(1) Artículo 239 del Código de Procedimiento Civil.

lo accesorio quedaban asegurados por medio de fianzas, creadas especialmente para este fin: la *praedes litis et vindiciarum* y la *judicatum solvi.* [2]

### ACCIÓN CONFESORIA.—ACCIÓN NEGATORIA

Como lo dijimos cuando hablamos de las servidumbres, la acción confesoria se daba en Roma para hacer valer el derecho de servidumbre, ya real o personal, sobre la propiedad de otro; y comoquiera que el demandado—como propietario que era de la cosa—estaba en posesión de ella entera y no desmembrada, como pretendía el demandante, los jurisconsultos romanos obligaban al demandado a prestar una de las dos fianzas o garantías a que acabamos de referirnos cuando hablamos de la acción reivindicatoria; y si el demandado se negaba a prestarla, entonces el demandante era puesto en posesión de la servidumbre.

---

(2) La acción reivindicatoria está reconocida en estos términos en el derecho venezolano. El propietario de una cosa tiene el derecho de reinvindicarla de cualquier poseedor o detentador, salvo las excepciones establecidas por las leyes. Si el poseedor o detentador, después de la demanda judicial, ha dejado de poseer la cosa por hecho propio, está obligado a recobrarla a su costa por cuenta del demandante; y si así no lo hiciere, a pagar su valor, sin perjuicio del derecho del demandante de intentar su acción contra el nuevo poseedor o detentador: (artículo 526 del Código Civil). Respecto de la acción *ad exibendum,* el artículo 288 del Código de Procedimiento pauta lo siguiente: Puede también pedirse la exibición de la cosa o del instrumento que sea objeto de la acción, o que fueren necesarios para hacer una prueba conducente. En uno y otro caso puede obligarse al poseedor a exibirlos, para lo cual estimará el Juez las circunstancias, todo sin perjuicio de las disposiciones especiales. Debe advertirse, que la caución *judicatum solvi* se aplica en Venezuela al demandante no domiciliado que no posea en el país bienes en cantidad suficiente, quien debe afianzar lo que pudiere ser juzgado y sentenciado: (artículo 30 del Código Civil citado).

La acción confesoria se intentaba contra la persona que era propietaria de la cosa, sobre la cual se alegaba tener la servidumbre, bastando, no al principio sino en una época avanzada de la legislación, los interdictos para los casos en que un perturbador o un despojador—que no fueran el propietario—turbaran al dueño de la servidumbre o le arrebataran el goce pacífico de la misma. Debemos recordar que los romanos no admitían al principio que las servidumbres fueran susceptibles de posesión.

La acción negatoria concernía también a las servidumbres, pero era contraria a la confesoria. Se daba dicha acción en el derecho romano al propietario de un fundo para que fuera declarado que éste no debía la servidumbre. El propietario que pretendía que su fundo no debía ninguna servidumbre, no estaba probablemente obligado a comprobar un hecho negativo, imposible a veces de prueba: lo que el demandante hacía era muy probablemente también pedir la fórmula de la acción negatoria que no contenía sino la afirmación de la propiedad pura y simple, y que no excluía, por lo demás, la pretensión que podía tener el demandado, de no ser pura y simple aquella propiedad, sino limitada o disminuída por un derecho real o personal en favor de otro fundo o de otra persona. Con todo, no dejaba de tener sus dificultades el ejercicio de esta acción negatoria en el derecho romano,

sobre todo desde el punto de vista de la prueba a que acabamos de aludir, porque había que distinguir entre una simple tentativa que hiciera Mevio, por ejemplo, para apoyar vigas sobre el muro de la casa de Cayo, que la consumación misma de este hecho ejercido por Mevio, en razón de la servidumbre que alegara tener su fundo sobre el fundo de Cayo. En el primer caso, le bastaba a Cayo producir como prueba de su acción negatoria, su título de propiedad pura y simple, que excluía la tentativa de Mevio a la servidumbre; pero si aquél había ejecutado ya el hecho que daba lugar a la acción, la citada prueba hubiera resultado insuficiente si no se hubiese visto Cayo obligado a complementarla con la de no tener el predio de Mevio derecho a la servidumbre ejercida sobre el suyo . [3]

### PETICIÓN DE HERENCIA

La petición de herencia era una acción real, análoga a la reivindicatoria, por la cual podía reclamarse el derecho hereditario a la totalidad o a una parte de una herencia; y como lo que caracterizaba propiamente la acción, era aquel derecho independientemente de las cosas corporales de que pudiera estar compuesta la herencia, decían los romanos que era una *vindicatio rei incorporalis.* Decían que era total, cuan-

---

(3) Véase Tomo I, págs. 420 y siguientes.

do el heredero pretendía tener derecho a la integridad de la herencia, sin atender a que la acción pudiera, en un caso concreto, limitarse a reivindicar de algún poseedor, solamente algún objeto determinado. Era parcial, cuando el heredero pretendía tener solamente derecho a una parte de la herencia, aun cuando intentara su acción contra una persona que estuviera en posesión de todos los bienes de la herencia.

Se daba la acción al que se pretendía heredero testamentario o *ab intestato,* siempre que lo fuera según el derecho civil, contra los que se pretendieran a su vez herederos o simples poseedores. Si el demandado alegaba poseer en virtud de algún título, el de comprador, por ejemplo, o el de donatario, la acción no procedía contra él, siendo la vía legal, en estos casos, la acción reivindicatoria. De manera que para evitar los inconvenientes que en la práctica suscitaba este orden de cosas, el demandado lo que hacía en Roma era promover una cuestión previa, de donde dependía la vía que le correspondía seguir, y a este efecto interrogaba al demandado sobre su condición jurídica de poseedor, en el caso concreto, y sin que el demandado pudiera eludir el contestar, categóricamente, sobre el punto. Si el poseedor de buena o de mala fe se creía heredero, contra él procedía la acción: si se creía simple poseedor, sin justo título para esa posesión, tam-

bién procedía contra él la petición de herencia. Justiniano hizo innecesario este procedimiento previo.

Podía suceder que el heredero aparente hubiera intentado alguna acción posesoria para amparar o recobrar su posesión, y en este caso el heredero legítimo tenía derecho a intentar contra él la petición de herencia para obtener que se le cediera dicho interdicto. Pasaba otro tanto con el caso en que el mismo heredero aparente hubiese enajenado una cosa perteneciente a la herencia, y cuyo precio no le hubiera sido entregado todavía: en este caso el ejercicio de la petición de herencia tenía por efecto la cesión de las acciones que emanaban del contrato de venta. Pero debe advertirse que si ya el precio había sido pagado, el heredero legítimo no podía demandar en reivindicación al comprador sino cuando el heredero aparente no había tenido buena fe al venderle. Desde luego que el heredero legítimo no tenía necesidad de probar en el juicio sino, únicamente, su condición de heredero, que tuvo originariamente el carácter de una cuestión previa de capital importancia, como ya se notó, [4] siguiéndose para la acción los mismos procedimientos que para la reivindicatoria. Probado dicho carácter, el Juez condenaba al heredero aparente a restituir la herencia o el objeto que aparecía detentado, con los frutos natu-

(4) Véase mismo tomo, pág. 428.

rales o civiles que esas cosas hubieran producido. Esto en cuanto a las cosas de la herencia que existían en el momento de la *litis contestatio* y de la sentencia; pero si había otras cosas que habían desaparecido o que había adquirido con ocasión de la herencia, pues debía restituir su equivalente. El derecho romano había hecho en este punto una sabia distinción, según que el poseedor hubiere sido de buena fe o de mala fe. En el primer caso, era natural que restituyera sólo lo que había poseído: en el segundo lo era también que restituyese no sólo esas mismas cosas sino las que había dejado de poseer por negligencia o por dolo. En el caso de una enajenación hecha por el poseedor de buena fe, la restitución no pasaba del enriquecimiento que había tenido; pero el de mala fe importaba poco que se hubiera aprovechado o no: la regla era que debía restituir. La misma regla seguíase con los frutos percibidos por el poseedor de buena o de mala fe, siendo de advertir que este último no sólo debía los que había percibido, sino que debía también los que por causa de su negligencia o dolo no habían sido percibidos. En el caso de la reivindicación la regla era, como en nuestro derecho, que el poseedor de buena fe hacía suyos los frutos percibidos, hasta el día de la contestación de la demanda. Sucedía generalmente que esos poseedores, el de buena o de mala fe, hubieran hecho gastos en la cosa que se consideraran necesarios.

En este caso, como nadie podía enriquecerse en Roma en perjuicio de otro, tal como es la regla en nuestro derecho, se les debía pagar a esos poseedores el valor de las mejoras. Pero si eran útiles pasaba como en el derecho contemporáneo también, que sólo podía reclamarse, no lo que se había invertido en ellas, sino hasta concurrencia de la ventaja que se derivara de las mismas. Y en cuanto a las mejoras llamadas voluptuarias, pues la regla era la misma que hoy se sigue, y quien las había hecho podía llevárselas. [5]

---

(5) Véase mismo tomo, pág. 283.

## CAPITULO XI

## DE LAS DIFERENTES ACCIONES.- (a) ACCIONES REALES, PERSONALES y MIXTAS (Continuación)

### ACCIÓN PUBLICIANA

La acción publiciana, así llamada por haberla creado el Pretor Publicio, respondió a una gran necesidad. Sucedía que la acción reivindicatoria tenía en la práctica un grave inconveniente: en primer lugar no se aplicaba sino a la propiedad quiritaria que, por excesivamente formalista pecaba, en el caso concreto de la propiedad, de injusticia notoria. Sabemos, en efecto, que el derecho romano dividía las cosas susceptibles de apropiación en cosas *mancipi* y *nec mancipi,* y sabemos también que la propiedad de las primeras no podía ser efectuada por la tradición. De aquí resultaba que cuando este medio había sido empleado, el adquiriente estaba expuesto, contra toda equidad, a que un vendedor poco escrupuloso, preva-

lido del rigor del derecho quiritario, reivindicase la cosa vendida. La necesidad de remediar esta injusticia había sugerido que el derecho pretoriano crease para el caso concreto la excepción de *rei venditae et traditae,* que paralizaba la acción del reivindicador. Pero quedaba siempre en pie una grave cuestión: la situación jurídica de ese mismo propietario, imperfecta a la luz del derecho civil, para defender su propiedad y su posesión de un tercero, antes de haber corrido el plazo legal de la usucapión, y de aquí la acción publiciana. Desde las épocas más remotas del derecho romano se había imaginado el sistema de las acciones ficticias, en las que se partía de la base que tal o cual acción de la ley había sido ejercida, aun cuando en realidad, ello no fuera sino una simple suposición, de donde emanaba una relación jurídica. De estas acciones pasó el derecho pretoriano a otras en que se presumía la existencia de un hecho o de una cualidad, de donde emanaba también una relación jurídica. De aquí, por último, se pasó a las acciones *in factum,* en las que ya no era necesaria la relación real o fingida de un derecho. La acción publiciana pertenece a las acciones ficticias de origen pretoriano, en que se finge que el demandante que no ha cumplido todavía el tiempo de una usucapión, sí lo ha cumplido, por lo cual tiene derecho a reivindicar la cosa en cuya posesión legítima estaba. De aquí, pues, que el actor en este

caso, debía comprobar no sólo que la cosa le había sido tradida y que él era un poseedor de buena fe, sino que debía acreditar también que la cosa era de las que se podían usucapir y que la había adquirido *ex justa causa,* es decir, con intención de transferirle el dominio de esa cosa.

Podía suceder que la cosa hubiera sido vendida y tradida a dos poseedores distintos, y en este caso surgían dudas respecto de a cuál de esos poseedores debía preferirse. Los jurisconsultos romanos no estaban de acuerdo en este punto, y había unos que opinaban en el sentido de que debía adjudicársele al que tuviera la posesión más antigua. Había otros, que creían que así debía procederse en el caso en que la tradición la había hecho un mismo vendedor a dos poseedores distintos, pero cuando los tradentes eran distintos se atenían a la regla de que en igualdad de circunstancias era mejor la condición del que posee: *in pari re potior est causa possidentis,* que es la regla que ha pasado a nuestro derecho. [1]

En sus comienzos tal fué el alcance que tuvo la acción publiciana, pero más tarde se extendió tánto su empleo, que vino a reemplazar a la acción reivindicatoria, porque ésta exigía la prueba de la propiedad que no se limitaba a comprobar la existencia del hecho ju-

(1) Artículo 763 del Código Civil.

rídico que la acreditaba, sino que así debía irse haciendo de propietario en propietario hasta el infinito. Por lo demás, como la acción a que nos hemos venido refiriendo era de las que el derecho pretoriano daba a imitación del derecho civil, resultaba que no era anual sino perpetua, como pasaba en principio con todas las acciones civiles.

### ACCIÓN CONTRA-PUBLICIANA

La elasticidad del derecho pretoriano que le permitía irse plegando a las circunstancias más opuestas que podía ir creando la vida jurídica de los romanos, puso al Pretor en condiciones de corregir las injusticias a que podía dar lugar, a su vez, el ejercicio de la acción publiciana. En efecto, pasaba que en ocasiones se cumplía la usucapión, que era como sabemos de un año entre presentes, y de dos entre ausentes, a espaldas de un propietario que se encontraba ausente por un justo motivo como era, por ejemplo, algún servicio público que estuviese prestando fuera de Roma, o un caso de fuerza mayor, en el fondo, como sucedía con los prisioneros de guerra y con aquellos a quienes indebidamente se los retenía como esclavos. En estos casos, y en otros análogos, aun cuando el derecho civil daba dos años para que se pudiera usucapir contra un propietario que se encontraba en alguna de las circunstancias apuntadas, en efecto la persona había esta-

do en imposibilidad de cuidar debidamente de sus cosas para evitar el mal, y de aquí la acción contra-publiciana. La acción publiciana fingía que una usucapión, todavía no alcanzada o en vías de cumplirse, estaba alcanzada y cumplida; la contra-publiciana, por el contrario, fingía que no estaba cumplida una usucapión que sí lo estaba, y por este medio remediaba una injusticia que iba a gravitar, contra toda equidad, contra un poseedor inerme.

Tal fué el primer caso en que se aplicó la acción en examen, pero de éste, la flexibilidad misma del derecho pretoriano, la hizo también aplicable a un caso inverso, o sea al de una usucapión que se cumplía en favor de un ausente, pero perjudicando contra toda equidad a un presente. Tal sucedía en el caso en que el demandante no podía encontrar al poseedor, porque estaba ausente o porque con malicia se ocultaba para dejar transcurrir el tiempo legal de la usucapión, lo cual se explica porque en Roma no existía el juicio contra ausentes, que sí existe en el derecho contemporáneo, [2] ni en la época en que fué aplicada la contra-publiciana, existían allí los medios de interrumpir una usucapión. Cuando Justiniano, vino más tarde a permitir esto último, y con una protesta ante el Pretor o ante el Obispo, o por un acto privado ante

(2) Artículos 88 y 137 y siguientes del Código de Procedimiento Civil citado.

testigos, quedaba interrumpida legalmente una usucapión o prescripción que estaba cumpliéndose, se hizo inútil el empleo de la acción contra-publiciana.

### ACCIÓN PAULIANA

Esta acción la creó el derecho pretoriano para que los acreedores pudieran reivindicar las cosas que sus deudores habían enajenado con el fin de defraudarlos. En el fondo la acción era, pues, rescisoria, porque disolvía el contrato que había hecho salir la cosa del patrimonio del deudor y reivindicatoria, porque tenía el poder de reintegrarla al patrimonio del deudor, en beneficio del acreedor que ejercía la acción. Por el procedimiento romano los acreedores obtenían, primero que se les pusiera en posesión de los bienes del deudor, y luego obtenían la rescisión del contrato fraudulento que había celebrado el deudor. La acción pauliana aparece en el derecho romano anterior a Justiniano, como acción personal, que no se daba sino contra el deudor, sus cómplices y sus herederos; pero bajo el citado Emperador la acción era real, lo que ha dado lugar a que se haya pensado, o bien en que había dos acciones Paulianas en el derecho romano, que no es verosímil, o bien que para ciertos casos Justiniano hubiera hecho real una acción que, con arreglo al criterio de los antiguos jurisconsultos, debía ser personal. El caso es que la acción personal del derecho clásico era más

amplia que la acción real del derecho bizantino. La primera iba contra actos y contratos fraudulentamente perjudiciales al acreedor, la segunda contra las enajenaciones a título oneroso, en primer término, y ello contra el deudor y los participantes del fraude, y contra las enajenaciones a título gratuito, aun cuando hubiera habido buena fe en el adquiriente, pero nada más que hasta concurrencia del enriquecimiento, como era de equidad.

Requeríase para poder ejercer con buen éxito esta acción, el concurso de dos circunstancias: que el enajenante hubiera tenido ánimo o intención de defraudar, *(animus fraudandi)*, y que efectivamente hubiese habido un perjuicio para el acreedor. Podía haber, en efecto, una enajenación hecha de buena fe por un deudor que se creía más solvente de lo que era en realidad, y esta enajenación no caía bajo el poder de la acción pauliana. No era que un deudor, por el hecho de que tuviese deudas, se encontrara con las manos atadas ante el temor de que sus actos de enajenación fueran atacados por el celo excesivo o exagerado de sus acreedores. No; la acción pauliana, como lo dijimos desde antes, impedía los fraudes cometidos en perjuicio del acreedor, y de aquí los dos apuntados requisitos que exigía su ejercicio. La insolvencia del deudor era una cuestión de hecho que resultaba de dos circunstancias que estaban concatenadas, a saber: la

prueba de que los bienes del deudor, quedantes después de la enajenación, eran insuficientes para pagarse los acreedores, lo cual resultaba sencillamente de lo que hubiera dado la venta judicial de dichos bienes; luego, la prueba de que esa insolvencia la había ocasionado la enajenación que se atacaba. Como acción pretoriana que era la acción que nos ocupa, su ejercicio duraba un año, que se contaba a partir de la fecha en que eran vendidos en pública subasta los bienes del deudor; y si el acreedor dejaba pasar ese año, la acción no se extinguía, pero no podía ejercitarse sino hasta concurrencia del enriquecimiento, y no por el total de la enajenación. (3)

---

(3) La acción pauliana ha pasado al derecho patrio. El artículo 1.299 del Código Civil estatuye que los acreedores pueden atacar en su propio nombre los actos que el deudor haya ejecutado en fraude de sus derechos. Y agrega: se consideran ejecutados en fraude de los derechos de los acreedores los actos a título gratuito del deudor, insolvente al tiempo de dichos actos, o que ha llegado a serlo por consecuencia de ellos. También considera el mismo artículo ejecutados en fraude de los derechos de los acreedores, los actos a título oneroso del deudor insolvente, cuando la insolvencia fuere notoria, o cuando la persona que contrató con el deudor haya tenido motivo para conocerla. Dispone igualmente la citada disposición legal, que el acreedor quirografario que recibiere del deudor insolvente el pago de una deuda, aun no vencida, quedará obligado a restituir a la masa lo que recibió. Dispone, por último, el citado artículo, que se presumen fraudulentas de los derechos de los demás acreedores, las garantías de deudas aun no vencidas que el deudor insolvente hubiere dado a uno o más de los acreedores. Por lo demás, la acción dura cinco años a contar desde el día en que los acreedores tienen noticia del acto que da origen a la acción, y no aprovecha sino a los acreedores anteriores al acto fraudulento Es también de notar que con arreglo a lo que dispone el artículo 1.300 del mismo Código, la referida acción no puede intentarse por un acreedor cuya acreencia sea posterior en fecha al acto cuya revocación demanda, a menos que esté subrogado en los derechos de un acreedor anterior. En todos los casos la revocación del acto no produce efecto en perjuicio de los terceros que, no habiendo participado del fraude, han adquirido derecho sobre los inmuebles con

ACCIÓN SERVIANA.—ACCIÓN HIPOTECARIA

Se recordará que al tratar del contrato de prenda, dijimos que por mucho tiempo los romanos le habían dado preferencia al contrato de fianza como contrato accesorio, y que había sido más tarde cuando vinieron a practicar la enajenación fiduciaria y el contrato de prenda: que había casos en que la entrega de la prenda no era posible, como pasaba en los casos de arrendamientos de predios rústicos cuando el colono o el arrendatario no tenían otra garantía que ofrecerle al acreedor que las semillas que llevaban al fundo y los instrumentos de cultivo que empleaban en el mismo: que cuando el arrendatario afectaba estos objetos al cumplimiento de su obligación principal, sucedía que

---

anterioridad al registro de la demanda por revocación. Ahora bien, si los terceros han procedido de mala fe, quedan no sólo sujetos a la acción de revocación, sino también a la de daños y perjuicios.

Al lado de esta acción pauliana que ha pasado al derecho venezolano, admite él la acción de simulación, que se da en favor de los acreedores también, para atacar los actos que haya ejecutado el deudor, y que en el fondo tienen por finalidad impedir que esos acreedores puedan hacer valer sus derechos contra el deudor sobre los bienes de éste, que han sido objeto de una enajenación simulada. Dicha acción dura cinco años como la pauliana; no produce efecto en perjuicio de los terceros de buena fe que con anterioridad han adquirido derechos sobre los inmuebles objeto de la acción; pero si dichos terceros han procedido de mala fe, al igual de lo que pasa en el caso de la acción pauliana, responden también por daños y perjuicios.

Puede consultarse para un estudio a fondo de la acción pauliana en el derecho romano y en el derecho venezolano, la interesante monografía del doctor Orangel Rodríguez B.: "Juicio crítico sobre la Acción Pauliana en el Derecho Romano. Estudio de los artículos 1.198 y 1.199 del Código Civil Venezolano". (Debe notarse que los artículos del actual Código, que tratan de dicha acción, llevan los números 1.299 y 1.300, en los cuales, por cierto, no se conservó la redacción que tenían los anteriores). Respecto de la acción en simulación, puede consultarse la interesante monografía también de Francisco Ferrara: "Della simulazione del negozi giuridice".

tal obligación accesoria era puramente moral, porque por lo mismo que no podía entregarle al acreedor dichas cosas, jurídicamente el contrato no existía: que de aquí había nacido la necesidad jurídica de darle al arrendador un derecho sobre estos objetos y que había sido ésto lo hecho por el Pretor al permitirle a aquél que, por medio del interdicto Salviano, se le pusiese en posesión de esos instrumentos para hacer efectivo un pago a que sólo estaba moralmente obligado el deudor: que éste había sido el primer caso, y que luego se lo había hecho extensivo a los casos de arrendamiento de predios urbanos, pero que comoquiera que el arrendatario podía sacar esos objetos de los predios a que estaban destinados y llegar hasta traspasarlos a terceras personas, con lo cual quedaba burlado el derecho del acreedor, el derecho Pretoriano había dado un paso más avanzado en este punto, y que por medio de una acción que se llamaba Serviana, en recuerdo del nombre del autor, el acreedor rescataba las cosas que le estaban afectas a su acreencia, aun de manos de terceros. Se recordará, igualmente, que agregamos: que por este medio quedó reconocido un derecho real de prenda en tales casos, emanado de una relación jurídica clara entre el acreedor y las cosas que el arrendatario había llevado al predio rústico o al predio urbano arrendados, y que ésto había sido el origen de la hipoteca, porque generalizado el principio a todos los

demás casos en que quedaban afectos ciertos bienes a la garantía de una deuda sin necesidad de que el acreedor entrase en posesión de esas cosas, y creada una acción real para el objeto, que se denominó cuasi-serviana o hipotecaria, había nacido desde aquel momento, a la vida del derecho, el contrato accesorio de hipoteca que con el sistema de la publicidad que había introducido en él el derecho contemporáneo había llegado a ser una de las más importantes instituciones jurídicas.

El derecho pretoriano, pues, tuvo en el caso de las acciones serviana y cuasi-serviana, amplio campo para el desarrollo de los principios de equidad que servían de base a sus audaces y atrevidas innovaciones a veces. El contrato de fiducia que equivalía en el fondo, en cuanto a sus efectos, a lo que se llama venta a retracto en el derecho moderno, tenía el grave inconveniente de concederle excesivos derechos al acreedor, porque éste recibía un objeto a título de propiedad cuando, en realidad, ello no era sino para que el objeto garantizara una deuda, quedando el deudor sometido a los peligros que tenía para él un contrato que le daba al acreedor el derecho de traspasar la cosa, o hacerla definitivamente suya aún cuando valiera más de lo que se le debía, si el deudor no le pagaba en tiempo. De aquí que para remediar estos inconvenientes, se hubiese pasado de la fiducia a la *pignus*, en que lo que tenía el

acreedor no era la propiedad sino la posesión precaria de la cosa dada en prenda, que no le daba al acreedor derechos exorbitantes, al menos desde que fué abolido el pacto comisorio; pero comoquiera que la *pignus* misma, con ser mucho más ventajosa que la fiducia, tenía el inconveniente de que una misma cosa no podía ser objeto, a la vez, sino de una sola obligación y no de varias, lo cual era perjudicial para el deudor, sobre todo en el caso en que hubiera desproporción entre el valor de la cosa y la deuda que garantizaba, a lo cual se agregaba que había cosas de que necesitaba el deudor y de las que no podía desprenderse, como pasaba con las semillas y los instrumentos de labranza, sucedió que la hipoteca vino a ser un nuevo triunfo del derecho pretoriano, desde el momento en que las acciones serviana y cuasi-serviana, que son el objeto de la presente exposición, vinieron a obviar todos esos inconvenientes. Pero con todo, el sistema romano, por la falta de publicidad de la hipoteca que le hiciera conocer a un nuevo acreedor hipotecario la existencia de un gravamen anterior en la cosa que le garantizaba su crédito, presentaba en Roma graves inconvenientes que ha hecho desaparecer el sistema de publicidad de nuestros días. Así, cuando en Roma, una acreencia estaba garantizada con una hipoteca, la acción que podía intentar el acreedor, para satisfacer su derecho, se encaminaba a obtener la posesión de la

cosa hipotecada que podía conservar si lo quería, y que podía vender también, si ello estaba en su interés. Ni en el uno ni en el otro caso los demás acreedores podían impedir que conservara la posesión de la cosa hipotecada o que la vendiese; pero si con anterioridad a él había otro acreedor hipotecario, entonces éste tenía el derecho de pedir para sí dicha posesión, y hacer de la cosa lo que le conviniera, sin que pudiese el otro oponerse al ejercicio de este derecho que excluía el suyo. En realidad, el acreedor desposeído por ser su hipoteca posterior a la del acreedor que privaba sobre él, no tenía otro recurso sino desinteresar el acreedor de primer grado, para poder él hacer valer sus derechos. Esto es justo, naturalmente, en el sistema actual, en que el prestamista tiene medios legales seguros de averiguar si la cosa que le va a ser hipotecada, lo había sido anteriormente a otro acreedor, pero no en el derecho romano, en el que por ser oculta la hipoteca, el que prestaba su dinero quedaba expuesto a que privara sobre él algún otro acreedor anterior a quien tenía forzosamente que desinteresar, como hemos dicho, si era que quería conservar su derecho. Tenía, además, otro grave peligro la hipoteca en Roma, que consistía en las consecuencias que podía tener para un acreedor hipotecario el derecho de vender la cosa hi-

potecada, si esa cosa había sido hipotecada a otro acreedor anteriormente, pues al obtener éste la posesión de la cosa, quedaba expuesto el vendedor a las consecuencias rigurosas de una evicción.

### OTRAS ACCIONES REALES

Además de las acciones reales que quedan anteriormente examinadas, reconocían otras los romanos, que tenían un carácter especial, y que no se aplicaban sino en casos muy concretos. Así, por ejemplo, el que recibía en arrendamiento perpetuo o a muy largos plazos una parte del *ager vectigalis,* o bien las tierras del Estado, de las ciudades o de ciertas corporaciones, tenía una acción real útil contra cualquier tercero que lo perturbara en su derecho, al paso que en sus relaciones con el Estado, con las ciudades o con las corporaciones apuntadas, no tenía sino la acción personal que correspondía a cualquier arrendatario contra el arrendador, si la perturbación emanaba de éste, o para que éste le cediera sus acciones si el perturbador era un tercero. Lo mismo pasó, más tarde, con el enfiteuta quien, no obstante tener su acción personal contra el nudo propietario, tenía una acción real útil contra los terceros. Otro tanto pasaba con el superficiario quien podía actuar, por medio de una acción real, contra el

propietario del suelo mismo en el que él había levantado una construcción, para hacerse mantener en posesión del inmueble, o reivindicarlo cuando había perdido su posesión, de manera que en este caso, el superficiario quedaba asimilado, propiamente, a un verdadero propietario.

# CAPITULO XII

## ACCIONES PERSONALES. - ACCIONES MIXTAS

### ACCIONES PERSONALES

Las acciones personales eran las que tenían su fuente en las obligaciones, o sea en los contratos, los cuasi-contratos, los delitos y los cuasi-delitos. De aquí que así como las acciones reales eran contadas en el derecho romano, las acciones personales, por el contrario eran numerosísimas, como podían serlo las relaciones jurídicas que se formaban de las referidas obligaciones. Dividían los romanos las acciones personales en acciones *in personam* y en *condictiones.* Las primeras, o sea las personales propiamente dichas, podían ser civiles o pretorianas, según que su fuente emanara del derecho civil o del derecho honorario. Eran civiles todas las que nacían de los contratos y de los cuasi-contratos, así como casi todas las que emanaban de los delitos y de los cuasi-delitos. Las pretorianas eran muy numerosas, porque tenían por base, general-

mente, la buena fe y la equidad, principios éstos a que atendían los Pretores para dar esas acciones que no concebía la rigidez del derecho civil; y porque también entraban en su número las acciones pretorianas *in factum,* y aquellas en que la *intentio* no tendía ni a una acción ni a un hecho. La acción *furti manifesti,* la de *metus causa,* la de dolo malo, la de *servo corrupto,* y muchas otras más, comprendían el grupo de las acciones pretorianas a que nos referimos. Las *condictiones* tuvieron una significación restringida en el procedimiento de las acciones de la ley, en el que no designaban sino las obligaciones que el demandado estaba obligado a entregar, ya fuera una cantidad determinada de dinero, o a transferir la propiedad de una cosa determinada: *certae pecunia* y *certa res,* eran las expresiones de que se valían los romanos para comprender estas acciones personales que llamaban *condictiones;* pero bajo el sistema formulario la misma expresión llegó a ser un término genérico que abarcaba la mayoría de las acciones personales. La *condictio* podía ser *certi* o *incerti.* La primera solía llamarse simplemente *condictio,* siendo el tipo de ellas la que tenía por objeto la trasmisión de la propiedad de cierta cantidad de dinero en que la *intentio* y la *condemnatio* simplificaban, grandemente, la misión del Juez, reducida a comprobar la obligación y a condenar al demandado en la cantidad fijada en la fórmula, primero, y

en la demanda más tarde, al paso que en la *condictio incerti,* la misión del juzgador se hacía más complicada, porque no sólo debía averiguar si la obligación había sido contraída por el demandado, sino a condenar a éste en una cantidad que él estimaba que era la que le correspondía pagar. Tanto la *condictio certi* como la *incerti,* tenían las mismas fuentes, como eran los contratos, pero en algunos, como pasaba con el *mutuum,* con la obligación literal y con la estipulación, entre otras, la cosa debida estaba perfectamente determinada: *pecunia data, pecunia expensilata, pecunia stipulata,* al paso que en otros contratos el objeto que se debía no estaba determinado individualmente en cantidad, calidad y género, como sí lo estaba cuando el objeto de obligación era *certum,* según la feliz expresión de Gayo. La obligación, pues, de donde emanaba la entrega de un esclavo, sin expresar que se trataba del esclavo Estico, por ejemplo, sino un esclavo, en general, era una *condictio incerti,* como lo era la que tenía por objeto la entrega de cierta cantidad de vino o de aceite cuya calidad no había sido expresada ni determinada en el contrato. Pasaba de igual modo cuando lo que se reclamaba era un usufructo, o una servidumbre sobre un fundo determinado, en cuyos casos, aun cuando el fundo fuera cierto, no lo era el objeto de la condenación del demandado, que era in-

cierto por su naturaleza misma. *Condictio incerti* era también la acción por la que se reclamaba la liberación de una obligación, y así otros casos más.

### ACCIONES MIXTAS

Denominaban mixtas los romanos a las tres siguientes acciones: la *familiae erciscundae,* llamada acción de partición en nuestros días; la *communi dividundo,* o sea la acción de cesación de una comunidad; y la *finium regundorum,* llamada acción de deslinde también en nuestros días. Han discutido mucho los autores respecto de la razón que tuvieron los romanos para esta nomenclatura, porque en rigor no se puede concebir, dadas las ideas romanas sobre lo que era la acción real y lo que era la acción personal, que hubiese acciones especiales que participaran de ambas naturalezas a la vez. Lo que pasó fué que, efectivamente, las tres referidas acciones tenían o podían tener en el fondo los mismos efectos que se alcanzaban, ya por una acción real, ya por una acción personal. La acción *finium regundorum,* por ejemplo, era personal en su *intentio,* pero si el colindante se oponía al lindero que pretendía su contendor, podía resultar de allí una cuestión de propiedad y de reivindicación de una parte de un inmueble que otro alegaba como suya. Lo mismo pasaba con la acción de partición, que siendo personal en su *intentio,* podía tener en definitiva los

mismos efectos que si hubiera sido real, por lo que hacía a las adjudicaciones de propiedad que entrañaba. De aquí, pues, la denominación de acciones mixtas que algunos autores contemporáneos sostienen que derivan su denominación de tener las partes en ellas el doble carácter de demandantes y de demandados.

La acción de partición, *(familiae erciscundae)*, tenía por objeto dividir entre los herederos de una persona, de acuerdo con los respectivos derechos de cada uno, el patrimonio del *de cujus*. El Juez tenía en Roma amplio poder para alcanzar este fin, pudiendo hacerlo, ya fuera por el reconocimiento de adjudicación de su cuota respectiva en los bienes a cada heredero, o ya fuera por la adjudicación, a alguno de ellos, de un objeto entero, o de una cuota mayor de la que le correspondía, con cargo para este heredero, naturalmente, de pagarle alguna vuelta a algún otro coheredero. Podía también, tal como hoy se practica, formar diversos lotes que iba adjudicando a los diferentes herederos. [1] Había, con todo, algunas diferencias entre el derecho

(1) El derecho venezolano trae un procedimiento especial que se aplica en el caso del juicio de partición: (artículos 580 y siguientes del Código de Procedimiento Civil citado), y además una serie de reglas de fondo a que deben someterse el Juez de la causa y el partidor nombrado, establecidas en los artículos 1.060 y siguientes del Código Civil. Desde luego que los coherederos y demás personas interesadas en la liquidación y partición de una testamentaría o herencia *ab intestato,* tienen el derecho de llevar a cabo amigable y extrajudicialmente todos los actos que conduzcan hasta efectuar dicha partición, pero para el caso en que no sea ésto lo que ocurra, y en que haya discrepancias entre los referidos interesados, se seguirá el procedimiento especial enunciado.

romano y el nuestro en algunos detalles de esta acción que estamos examinando, porque la acción de partición en Roma no comprendía sino los cuerpos ciertos de que se componía la herencia, y no los créditos y las deudas que de pleno derecho se dividían entre los coherederos en proporción de su respectivos derechos. Por otra parte, la adjudicación de los lotes no tenía en Roma el carácter que hoy tiene, en que se retrotraen esos efectos al día de la apertura de la sucesión, y no al de la adjudicación, como sucedía allí. En nuestros días, si algún heredero constituye una hipoteca sobre los derechos indivisos que él posee en una herencia, esa hipoteca no pesa sino sobre el inmueble de que resulte adjudicatario ese coheredero o sobre la parte del mismo que le toque en la participación, (2) De tal suerte que si no se adjudica ningún inmueble, pues no habrá hipoteca. En Roma sí la había, dividiéndose la responsabilidad de por mitad, entre el heredero que consintió en la hipoteca, y el que nada sabía de ella o que no consintió.

La acción *communi dividundo*, para hacer cesar una comunidad entre varios, se daba en Roma siempre que se tratara de una cosa que resultara pertenecer a muchos, descartado el caso de que se tratara de una herencia. De manera que si se trataba de una comu-

(2) Artículo 755, ya mencionado, del Código Civil citado.

nidad resultante de una sociedad, o cuando una misma cosa era legada a varias personas, y así en otros muchos casos más, la acción que procedía, para que la comunidad resultante de estos hechos dejara de existir, era la *communi dividundo.* [3] Propiamente la acción en examen no convenía en Roma sino a los copropietarios, pero al acreedor prendario, al usufructuario y lo mismo al enfiteuta, se les reconoció útilmente su ejercicio. [4]

La acción de deslinde, *(finium regundorum),* tenía por objeto precisar los límites de las propiedades colindantes, y en principio no correspondía sino al propietario del fundo colindante para su ejercicio contra los demás colindantes, pero útilmente se la hizo extensiva también al usufructuario, al acreedor prendario y al enfiteuta. El Juez examinaba por todos los medios legales a su alcance, el verdadero límite, y lo

---

(3) Como ya lo hicimos notar, Tomo I, pág. 270, nota 3, a nadie puede obligarse a permanecer en comunidad, y siempre puede cualquiera de los copartícipes demandar la partición: (artículo 757, mismo Código Civil). Respecto de los trámites que deben seguirse, ordena el artículo 759 que son aplicables a la división entre comuneros las reglas concernientes a la división de la herencia y las especiales que, en cuanto al procedimiento para llevarla a cabo, establece el Código de Procedimiento Civil.

(4) Debe notarse que la ley venezolana estatuye en el artículo 1.509 del Código Civil, que en cuanto a la división de la sociedad conyugal, en lo que no esté determinado en el Título que trata de dicha sociedad, se observará lo que se establece en el mismo Código respecto de la partición. Y en la reglamentación del contrato de sociedad: (artículo 1.741 del mismo Código), claramente establece que las reglas concernientes a la partición de la herencia, a la forma de esta partición y a las obligaciones que de ella resultan entre los coherederos, son aplicables a las particiones entre los socios. Son igualmente aplicables los mismos principios a las sociedades que se formen entre los que tengan interés común en la derivación y uso de las aguas, o en la bonificación o desecación de terrenos, según lo ordenado por el artículo 737 del mismo Código Civil.

fijaba. [5] Generalmente se hacía asistir de agrimensores que podían llegar hasta medir la cabida de cada fundo colindante. [6] De estas pruebas, y de la apreciación del Juez resultaba que, a veces, la sentencia que dictaba conducía a que le fuese adjudicada a un colindante una porción de terreno que otro colindante venía aprovechando como suyo, o la destrucción de algunas plantaciones o de alguna construcción. En todos estos casos, la renuencia del colindante condenado o su no conformidad con lo sentenciado era castigada pecuniariamente. Cuando el Juez no encontraba claramente esclarecido el punto del lindero en las pruebas que le suministraban las partes, podía fijar él el lindero, [7] que podía ser distinto del que las partes disputaban, en cuyo caso el derecho lo autorizaba a hacer en favor de uno de los colindantes cierta adjudicación de terreno que otro alegaba pertenecerle, imponiéndole al beneficiario una compensación pecuniaria en favor de su contra-parte. [8] La acción *finium re-*

---

(5) Artículo 646 del Código de Procedimiento Civil citado.

(6) Mismo artículo.

(7) Artículo 647, mismo Código.

(8) En el derecho venezolano, al fijar el Juez del deslinde un lindero provisional que puede envolver para alguno de los colindantes la desposesión de cierta parte de su fundo que se adjudica a otro colindante, surge desde ese momento una cuestión de propiedad que el referido Juez del deslinde no puede ni sustanciar ni decidir en su Tribunal, ordenándole la ley en ese caso que pase todo lo actuado, junto con los títulos que hayan presentado los colindantes, al Juez de Primera Instancia respectiva que sí tiene por la ley jurisdicción para conocer y decidir dichas cuestiones: (artículos 648 y siguientes, mismo Código).

*gundorum*, como la cesación de una comunidad, era imprescriptible, en el sentido de que en toda época podían los colindantes ajustar los límites de sus respectivas propiedades vecinas; pero si el objeto de la acción era recuperar una determinada porción de terreno que el demandante alegaba que le había sido usurpada por el demandado, debía intentarse antes de que hubieran corrido treinta años, con arreglo a lo dispuesto en una Constitución del Emperador Teodosio. [9]

(9) La acción de deslinde es también imprescriptible en el derecho venezolano.

## CAPITULO XIII

*(b) Acciones civiles y acciones pretorianas. (c) Acciones directas y acciones útiles. (d) Acciones in jus y acciones in factum. (e) Acciones de derecho estricto, de buena fe, y arbitrarias*

### ACCIONES CIVILES Y ACCIONES PRETORIANAS

Entendían los romanos por acciones civiles las que emanaban del derecho civil, y por él entendían: la Ley, los Senado-Consultos, los Plebiscitos, las Constituciones Imperiales, y las Repuestas de los Prudentes, así como los usos y costumbres que constituían el derecho consuetudinario. De aquí que cada vez que el derecho civil creaba una obligación, y aseguraba un medio legal coercitivo para su reconocimiento, a esta acción la clasificaban en esta primera categoría; y así del derecho de propiedad nacía la acción reivindicatoria, que era civil, y de las servidumbres, las acciones confesorias y negatorias, que también lo eran, y de los contratos y de los cuasi-contratos, las acciones respectivas

que también eran parte de la categoría en examen. Lo mismo pasaba con la mayor parte de las que nacían de las otras dos fuentes de las obligaciones: los delitos y los cuasi-delitos.

Denominaban acciones pretorianas u honorarias, las que daba el Pretor. Sabemos que este Magistrado tenía la facultad de suplir las deficiencias del derecho civil, colmando sus lagunas, o atemperando su rigor por introducir en él los amplios elementos de la equidad, o corrigiendo sus anacronismos, como ocurrió tantas veces, lo que equivalía a que en ocasiones resultara derogado el principio de derecho que el Pretor corregía. La obra de amplificación del derecho civil romano debida al derecho honorario fué inmensa, y de aquí que hubieran sido innumerables las acciones pretorianas: la *bonorum possessio secundum tabulas,* la *bonorum possessio contra tabulas,* la acción contra-publiciana, la acción y la excepción *quod metus causa,* y así multitud de otras más, son otros tantos ejemplos de acciones pretorianas.

### ACCIONES DIRECTAS.—ACCIONES ÚTILES

Esta división de acciones en directas y en útiles, tenía su razón de ser en Roma, porque allí, generalmente, la ley era casuística y no sintética como es la tendencia y hasta el fundamento del derecho moderno. La ley Aquilia, por ejemplo, como lo hemos visto, no

se refería a un daño en general, que hubiera ocasionado una persona en una cosa perteneciente a otra, sino a un daño especial y concreto, en que debían concurrir las circunstancias que la misma ley señalaba para que pudiera darse la acción que emanaba de ese caso especial contemplado en ella, y que era la que los romanos lógicamente denominaban acción directa. Así, en el caso de la citada ley, el daño debía haberlo causado la persona contra quien se daba la acción, de una manera directa e inmediatamente, y ese daño debía consistir en la destrucción o en la degradación física o material de la cosa. El que mataba al esclavo de otro, directa y personalmente, caía desde luego, bajo la sanción de la acción directa de la ley Aquilia, pero sí empleaba otro medio indirecto que, en el fondo daba el mismo resultado, aun cuando no fuera el caso rodeado de las circunstancias que traía la ley, el derecho romano daba entonces lo que también lógicamente denominaban sus jurisconsultos una acción útil. Y si el caso todavía se alejaba más del caso concreto, que la ley preveía, y de un corolario de ese caso, como era el de la acción útil, entonces con el mismo sentido lógico que fué siempre la norma del jurisconsulto romano, daban ellos lo que denominaron acción *in factum,* porque en realidad era para un caso especial, concreto también, dañoso y perjudicial a la propiedad de otro, pero que no era ni el caso determinado que la ley con-

templaba, ni el caso análogo que daba lugar a la acción útil.

### ACCIONES IN JUS.—ACCIONES IN FACTUM

Como lo están indicando las expresiones *actio in jus,* y *actio in factum,* la diferencia que había entre ambas acciones residía en la *intentio* de la fórmula que enunciaba siempre un problema de derecho para el Juez, que éste debía resolver con arreglo a los principios que emanaban del derecho de propiedad y también de las obligaciones. De aquí, pues, que cuando la ley no le reconocía ningún derecho de propiedad a una persona, digamos, era imposible que ésta obtuviera una acción *in jus.* Tal era la situación en que se encontraba el hijo de familia, antes de que la teoría de los peculios fuese admitida en el derecho. El hijo de familia, antes de esta época no podía adquirir, ni podía ser dueño o propietario o señor de una propiedad, y por consiguiente no podía ejercer ninguna acción *in jus.* Por el contrario, el padre de familia podía intentar una acción *in jus* y también una acción *in factum.* La acción *in factum*, por el contrario, obedecía a una necesidad social, porque el Pretor, prescindiendo de si el hijo de familia podía o no demandar en derecho, lo que hacía era darle una acción *in factum,* que emanaba del hecho que daba lugar a la acción. Con las obligaciones reconocidas por el derecho civil sucedía otro

tanto, porque siempre que de alguna de ellas naciese una acción, que era siempre *in jus,* había otros casos, por ejemplo, en que por no tener su fuente la obligación en el derecho civil estricto, sino en la equidad, había que recurrir a una acción *in factum,* cuyo origen estaba en el hecho mismo que se quería sancionar, del propio modo que pasaba cuando la fuente de la obligación aun cuando estaba en la ley misma, como pasaba en los contratos innominados, por no tener éstos una denominación especial, lo que hacía el Pretor era dar una acción general que denominaba *prescriptis verbis.* Por lo demás, no dejaba de haber graves diferencias entre ambas acciones, que no eran por otra parte, sino una consecuencia de su naturaleza jurídica. Las acciones que emanaban de un derecho reconocido por el derecho civil, tenían que ser y eran perpetuas por su naturaleza; pero las acciones pretorianas *in factum,* que el Pretor daba para un caso señalado, era también lógico y natural que tuvieran sólo el año de duración que tenía la jurisdicción y la autoridad del Magistrado que la concedía, y de aquí una diferencia entre ambas acciones. Además sabemos que la *litis contestatio* producía la novación del derecho que alegaba tener el demandante, y por consiguiente, era lógico y natural, desde un punto de vista jurídico, que en la acción *in jus* se produjera tal novación de pleno derecho, *(ipso jure),* como decían los romanos. De lo que resultaba

que si el demandante intentaba de nuevo su acción, el demandado no tenía necesidad de pedir que en la fórmula se insertase de nuevo la excepción de *rei judicatae,* que si tenía que insertarse, necesariamente, cuando se trataba de acciones *in factum* por no producirse en ellas la novación apuntada. Sucedía algo análogo con la *plus petitio,* que ninguna influencia tenía en las acciones *in jus* cuando era, solamente, en la *demostratio* en la que se incurría en ella, y no en la *intentio.* Pero como en las acciones *in factum* ésta y aquélla se confundían, la caducidad de la acción, por este vicio era inevitable. Por lo demás la acción *in factum* vino a ser el órgano de un progreso enorme en el derecho civil romano que, de estricto, severo y limitado, en los primeros siglos, vino a ser, con el advenimiento de los Pretores y del derecho honorario que ellos crearon, equitativo y amplio. Del derecho civil de los primeros tiempos era expresión la acción *in jus*: de la del derecho honorario, cuya base era la equidad, lo fué la acción *in factum.* Debemos decir, por último, que suprimido el derecho formulario tuvo, necesariamente, que caer en desuso una división como la de acciones *in jus* y acciones *in factum,* que no tenía razón de ser, después de aquella supresión.

## ACCIONES DE DERECHO ESTRICTO, DE BUENA FE, Y ARBITRARIAS

Llamaban los romanos acciones de derecho estricto aquellas en que el Juez debía condenar al demandado a pagar la cantidad que señalaba la *intentio,* y cuando ésta no la señalaba, a hacer una exacta estimación del litigio no tomando en cuenta sino única y exclusivamente lo que el derecho civil reconocía. Podía suceder que el consentimiento del demandado en el contrato cuya ejecución se le demandaba, hubiera sido arrancado por dolo: el Juez no podía tomar esta circunstancia en cuenta, a menos que hubiera sido objeto de una excepción inserta en la fórmula, a pedimento del mismo demandado. Podía suceder, en el caso de la estipulación, por ejemplo, que las fórmulas rigurosas del contrato no hubieran sido cumplidas con la severidad que el derecho civil exigía: la misión del Juez en este caso se reducía a declarar sin lugar la demanda, aun cuando el demandado hubiera prestado su consentimiento libre. Antes de que el derecho honorario hubiera admitido los principios de la equidad y de la buena fe, como base de las obligaciones, todas las acciones del derecho civil romano de los primeros tiempos, debieron ser de derecho estricto.

Por el contrario, se denominaban acciones de buena fe, aquellas en que el Juez estaba autorizado para deci-

dir con arreglo a los principios de la equidad. En esta clase de acciones el Juez, según la expresión romana, era más bien un árbitro que un Juez propiamente dicho, *(arbiter* y no *judex),* y juzgaba *aeque et bono,* como es la regla del derecho moderno, en que habiendo desaparecido la división de contratos de derecho estricto y contratos de buena fe, como se notó ya, todos tienen este último carácter y, por consiguiente, el Juez, siguiendo la regla que formuló Ulpiano, considera, que las partes no sólo están obligadas a lo estipulado en el contrato, sino a todo lo que se deriva de él según la equidad y las buenas costumbres. [1] De aquí, pues, que en Roma, cuando se trataba de las acciones de buena fe, no era necesario que el demandado hubiera hecho insertar en la fórmula la excepción de dolo, para que el Juez examinara y apreciara este elemento. De aquí también que el Juez podía acordar en Roma los frutos civiles o naturales de la cosa demandada aún cuando no hubieran estado comprendidos en la obligación que se demandaba. La más completa lista de estas acciones de buena fe es la que traen las Institutas, a saber: las que nacían de la venta, del arrendamiento, de la sociedad y del mandato; las que emanaban del comodato, del depósito y de la prenda; las que se originaban

(1) El artículo 1.199 del Código Civil dispone: Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley.

del cuasi-contrato de gestión de negocios ajenos, y de la tutela; las de partición de una herencia y de división de una comunidad y otras más, como la *prescriptis verbis,* la de *aestimato,* la *praescriptis verbis de permutatione,* la *petitio haereditatis,* y la *rei uxoriae,* a las cuales debían seguir, muy probablemente, la mayoría de las acciones *in factum,* que eran pretorianas y que tenían por base la equidad y la buena fe.

Denominaban los romanos acciones arbitrarias, aquellas en que el Juez no llegaba a condenar al demandado, como si pasaba en las dos clases de acciones a que acabamos de referirnos, sino cuando aquél se negaba a cumplir el acto ordenado por el Juez y que hacía innecesaria la condenatoria. Tal sucedía, por ejemplo, en la acción *ad exibendum* en que el Juez ordenaba la exibición o presentación de la cosa que era el objeto de la demanda, y que hacía innecesaria la condenatoria, a menos que el demandado no presentara la cosa, o estuviera en la imposibilidad de presentarla por haber desaparecido jurídicamente. Lo mismo pasaba cuando lo que se pedía era una restitución: si el demandado restituía y cumplía el *jussus* del Juez, era innecesaria la condenatoria, que debía venir más tarde, si el demandado no lo cumplía y que se fijaba entonces en el monto que fijaba el demandante o en el que fijaba el Juez. Las acciones *ad exibendum,* la *quad metus causa,* la acción de dolo y la de deslinde, eran acciones arbitrarias, entre otras.

# CAPITULO XIV

## *(f) Acciones perpetuas y acciones temporales. (g) Acciones noxales y otras relacionadas con las personas que estaban bajo la potestad de otra persona*

### ACCIONES PERPETUAS Y ACCIONES TEMPORALES

Para poder examinar esta nomenclatura debemos distinguir dos épocas: la primera, la del derecho clásico: la segundo, la del derecho Bizantino. Denominábanse acciones perpetuas en el derecho clásico, las que tenían una duración ilimitada, en contraposición a las temporales que duraban un año y que fueran generalmente, de origen pretoriano. Las perpetuas eran de origen civil, como pasaba con la acción reivindicatoria. Pero la regla no era absoluta, y había acciones de origen pretoriano, como pasaba con la acción *furti manifesti,* que no obstante su origen era perpetua; y en cambio, acciones de derecho civil que eran temporales. Estos casos de excepción se explican muy lógicamente de como tratan de hacerlo las Institutas, diciendo que

cuando la acción pretoriana reemplaza alguna acción civil, o suple alguna acción es perpetua, no obstante su origen, y que es anual cuando no llena este objeto, y lo que hace es modificar o atemperar el rigor del derecho civil. Denominábanse acciones perpetuas en el derecho del Bajo Imperio, las que duraban treinta años, porque los Emperadores Cristianos reformaron esta parte del derecho civil, ordenando que todas las acciones reales, como las personales, prescribían a los treinta años. (1) Había, sin embargo, una excepción, y era la de la acción hipotecaria, que no obstante ser real, duraba cuarenta años cuando la cosa hipotecada no salía de las manos del deudor. (2) Por el contrario denominaban acciones temporales, las que prescribían por el trascurso de un lapso menor de treinta años. (3)

---

(1) Ya hicimos notar, Tomo I, pág. 304, nota 2, que en el derecho venezolano las acciones reales se prescriben por treinta años, y las personales por veinte, sin que pueda oponerse a la prescripción la falta de título ni de buena fe.

(2) En el derecho venezolano está derogada esta regla, porque la hipoteca, en el caso de la prescripción, se extingue por la prescripción del crédito, respecto de los bienes poseídos por el deudor, lo cual es perfectamente lógico, por tratarse de un contrato accesorio que no puede continuar vigente cuando la obligación principal, que es personal y que se extingue como las demás acciones de su clase por el trascurso de veinte años, ha quedado extinguida. Ahora bien, si el inmueble hipotecado estuviere en poder de tercero, la hipoteca prescribirá por treinta años, lo cual es también perfectamente lógico porque el derecho hipotecario pertenece a la categoría de los llamados reales, que prescriben por treinta años: (artículo 1.980, Código Civil citado).

(3) En la misma nota, anteriormente citada, se alude igualmente a las prescripciones más cortas del derecho venezolano.

Esta misma duración de las acciones traía, por consecuencia, que cuando moría la persona en cuyo favor estaban instituídas, sin haber transcurrido el tiempo que las extinguían, pasase la acción al heredero de aquélla, como su continuador jurídico que era. Había, sin embargo, ciertas acciones que por su naturaleza especial no podían pasar a los herederos del *de cujus,* como sucedía con las acciones penales, y con las mixtas que no ligaban ni obligaban a dichos herederos, sino hasta concurrencia del monto en que se hubieran beneficiado por consecuencia del hecho ilícito que daba nacimiento a la acción. De aquí la nomenclatura de acciones trasmisibles y no trasmisibles que también traía el derecho romano. (4)

## ACCIONES NOXALES Y OTRAS RELACIONADAS CON LAS PERSONAS QUE ESTABAN BAJO LA POTESTAD DE OTRA PERSONA

Cuando hablamos acerca de los principios que gobernaban en Roma la teoría de la propiedad, observamos que en el derecho primitivo, y antes de la institución de los peculios, tanto los hijos de familia como los esclavos no eran sino instrumentos de adquisición respecto del padre y del amo del esclavo, sin que los actos lícitos o ilícitos, tanto de los primeros como de los segundos, pudiesen obligar en derecho a esas personas

(4) Tal es también, en líneas generales, el criterio que informa nuestra legislación.

que ejercían ya la patria potestad, ya la potestad domínica. Antes de pasar adelante en esta materia, debemos apuntar que en el derecho contemporáneo la responsabilidad civil, fundada en un delito o cuasi-delito civiles, entendidos éstos no en el sentido que tenían en Roma, sino como hoy se los entiende, según lo hemos explicado en el lugar correspondiente, emana del derecho de vigilancia que la ley impone al padre sobre los hijos menores de edad, o al maestro sobre los discípulos, también menores de edad, que deben igualmente estar en ciertos momentos sometidos a la vigilancia de aquél, o bien a la prudencia que se les pide, y que la ley impone, a ciertas personas respecto de las que eligen para determinadas funciones u oficios particulares, con relación a los hechos ilícitos, o daño de carácter civil, naturalmente, que estas personas puedan cometer. Esta tesis del derecho contemporáneo no era la teoría romana, porque según ésta las personas que formaban parte de la familia civil, la cual tenía en los tiempos primitivos el sello patrimonial que más tarde fué perdiendo, debían ser fuente de lucro para el dueño de ese patrimonio, pero nunca lo fué de empobrecimiento. El que contrataba con un hijo de familia o con un esclavo, debía saber de antemano, que carecía de acción legal para pedir el cumplimiento del contrato, simplemente porque no había contratado con una persona jurídica. Cuando se tra-

taba del esclavo, que estaba asimilado a una cosa, la situación era radical, porque de ese acto no nacía, ni siquiera teóricamente, ninguna acción. Cuando se trataba del hijo de familia, la situación no era tan radical en verdad, pero la acción tenía en general un carácter teórico, porque no se podía ejercer contra el padre mientras éste viviera, ni sobre los bienes del hijo, porque éste, en los tiempos primitivos, no tenía peculio.

Ahora bien, cuando se trataba, no de actos contractuales, sino de actos delictuosos, entonces, aún en los tiempos primitivos, parecía injusto que la víctima del daño quedase desamparada del todo, y se creó entonces una clase de acciones que se denominaban noxales, cuya finalidad era obtener la entrega del culpado, caso de que el padre o el dueño del esclavo no quisiesen reparar el daño por acogerse al principio de su no responsabilidad en la materia. Pero estas mismas acciones noxales no estaban fundadas en ninguna regla de lo que hoy entendemos por equidad, ni en lo que por ella entendían los romanos, ni en ningún principio de orden público, sino que eran como una emanación o una consecuencia de las mismas reglas a que se ajustaba el concepto jurídico de la propiedad, que consistía en que el propietario de una cosa no podía experimentar un daño mayor al de la pérdida de esa misma cosa. De aquí, pues, que si el esclavo huía o dejaba de estar en la posesión de su dueño, o bien cuando cam-

biaba de éste, la acción se dirigiera, no contra el que era dueño cuando el daño fué causado, sino contra el poseedor *animus domini,* o contra el mismo propietario en el momento en que la acción se intentaba. Desde luego que, cuando se trataba de un esclavo, el abandono noxal equivalía para el dueño a una renuncia sobre la propiedad de ese esclavo: cuando se trataba del hijo de familia, éste no pasaba a una esclavitud propiamente, sino que quedaba en calidad de *mancipium,* respecto de la víctima del delito. De aquí que si ese hijo de familia llegaba a indemnizar el daño causado, tenía el derecho de obtener su emancipación. Este derecho exorbitante de los padres respecto de los hijos, que fué sólo expresión del derecho primitivo, cambió con el imperio de las ideas cristianas, y le fué arrebatado al padre. Ya Constantino lo había abolido respecto de las hijas, y Justiniano completó la obra haciéndolo a los hijos también. Principios más justos sustituyeron al rigor de ese derecho bárbaro, y la víctima del daño tenía acción directa contra el hijo, cuando éste había sido el autor de un delito, y una acción de peculio contra el padre de familia por el monto de la condenatoria contra el hijo de familia.

El derecho pretoriano, por su parte, había dado un paso muy adelantado en la materia, y por medio de una serie de acciones consagradas a establecer la responsabilidad del *pater familias* en casos especiales,

abrió una amplia senda para la teoría general que hoy existe. Así, por ejemplo, cuando encontraba el Pretor que el padre había dado al hijo una orden concreta sobre un contrato que éste debía celebrar, o cuando sin esta orden expresa encontraba que el padre de familia había ratificado lo hecho por el hijo, entonces le daba al acreedor una acción especial contra el padre de familia, que denominaba: *actio quod jussu.* Lo mismo pasaba cuando se trataba de un esclavo que había procedido en las mismas circunstancias. Del mismo modo, cuando el patrón de una nave era un esclavo, o bien un hijo de familia, acontecía que éstos se veían siempre obligados a contraer obligaciones para poder cumplir el encargo que habían recibido, o a contraer obligaciones especiales o en ciertos momentos por causas especiales que podían sobrevenir durante la navegación ,y que no podían ser previstas por lo mismo que dependían de la fortuna de mar. En estos casos el Pretor daba una acción contra el armador, *exercitor navis,* que se denominaba *actio exercitoria.* Pasaba otro tanto en el caso especial del padre de familia o dueño del esclavo que habían puesto al hijo o al esclavo al frente de un negocio de comercio, como ya se notó, en cuyo caso era como si estas personas hubiesen consentido en un mandato tácito respecto de aquellas personas. De aquí que, más tarde, se generalizara la regla, que era sólo una excepción entonces, a todos los casos en

que una persona había contratado con el mandatario de otra, en cuanto a una acción directa de aquélla contra ésta.

Otros casos también había de acciones especiales de la misma naturaleza jurídica de las que quedan examinadas, como era la acción *tributaria* y la de *peculio* y la de *in rem verso.* Tenía lugar la primera, cuando el esclavo con su peculio particular emprendía un comercio, sin ser propiamente un factor del amo. En este caso, los acreedores tenían una acción que les aseguraba prorratearse ese peculio en concurrencia con el dueño del esclavo, que también podía tener derecho a reclamar por algún concepto. Tenía lugar la segunda, cuando era a espaldas del dueño como había actuado el esclavo, en cuyo caso había una acción que era la de *in rem verso,* porque como el esclavo adquiría para su dueño, podía suceder que éste se hubiese beneficiado en algo, y la acción tendía a recabar ese beneficio que era parte de una prenda común de los acreedores del negocio, a lo cual se agregaba la acción de peculio también, de que venía a formar parte cuando había que ir también contra el peculio del esclavo, por no cambiar el dicho beneficio el monto de las obligaciones que se perseguían. Había casos especiales, desde luego, en que sólo se imponía el ejercicio de la *actio in rem verso,* como pasaba cuando no había peculio o cuando el esclavo moría, o había sido manumitido o

había pasado bajo el poder de otro dueño. Había también un caso muy especial en que lo que convenía al acreedor era la acción de *in rem verso,* como pasaba cuando teniendo él la prueba de que el valor o efectos por él entregados habían ido a beneficiar directamente al dueño del esclavo, intentaba la acción contra éste, para evitar un concurso de acreedores, y en todo caso para negarles a éstos el derecho de hacer de sus valores una prenda común. [5]

(5) Es de observarse que dada la extensión que había llegado a tener la *condictio,* esta acción de derecho civil podía producir muchas veces las mismas ventajas que se obtenían por medio de las acciones pretorianas que quedan analizadas.

# CAPITULO XV

## INTERDICTOS

Analizadas hasta aquí las principales divisiones que los romanos hicieron de las diferentes acciones, debemos pasar al análisis de otras acciones, de un carácter muy especial, que denominaban interdictos, y que diferían, propiamente, de las primeras. El interdicto, que bien pudo existir cuando se practicaba el sistema de las acciones de la ley, era en el sistema formulario una acción breve y sumaria por la que el Pretor, sin necesidad de enviar los litigantes ante un Juez que comprobara los hechos y decidiese en derecho con arreglo a la fórmula, decidía él mismo el asunto imperativamente. Procedía la acción cuando se trataba de un caso contemplado por el derecho civil o capaz de originarlo, al paso que el interdicto se daba cuando estas circunstancias no existían. Debieron su origen estas acciones interdictales a la necesidad de evitar que los particulares recurrieran a la fuerza para

mantenerse en el goce de una situación de hecho que les turbaba un tercero, o para hacerse restituir una cosa de que eran despojados, siempre, naturalmente, que esa perturbación o ese despojo no hubieran sido derechos reconocidos por el derecho civil que estuvieran sancionados por una acción, también de derecho civil. La posesión, por ejemplo, como lo hemos visto, no era en los primeros tiempos del derecho romano sino un hecho lícito del cual no nacía una acción que la respaldara, sino un interdicto que la amparaba y que tenía su origen en la necesidad social misma de proteger un hecho que los demás no sólo aceptaban sino que lo practicaban, porque era útil. Con la evolución de los principios jurídicos, muchos hechos, que no daban lugar sino a los interdictos, fueron elevados a la categoría de derecho, y desde este momento quedaban provistos, naturalmente, de acciones legales, cuya fuente estaba en el derecho civil. De aquí, que en la época del derecho bizantino hubieran desaparecido muchos interdictos: el salviano, la petición de herencia pretoriana y los interdictos exibitorios, que se transformaron en otras tantas acciones de derecho civil, por las que se alcanzaban los mismos beneficios que se aseguraban antes por intermedio de ellos.

Hechas las observaciones que preceden debemos sentar que los romanos dividían los interdictos en distintas agrupaciones de las cuales la principal era la de

los interdictos posesorios, que se dividían en tres categorías según que tuvieran por objeto adquirir, retener, o recuperar la posesión: *adipiscendae, retinendae, recuperandae possessionis.* A esta agrupación podrían agregarse los interdictos que eran a la vez *adipiscendae* y *recuperandae.* Una diferencia característica se echa de ver, desde luego, entre los interdictos *adipiscendae* y los *retinendae* y *recuperandae,* y es que los primeros servían para obtener una posesión que no se tenía, al paso que los otros estaban destinados a conservar o a recabar una posesión que si se tenía, lo cual ha dado origen a que haya sido criticada la antedicha nomenclatura, que evidentemente parece convenir mejor a los dos últimos. Pero el caso es que el derecho romano reconoció y practicó una serie de acciones breves y sumarias, cuyo exclusivo objeto era obtener una posesión que no se tenía hasta entonces. Entre los más notables pueden citarse: el interdicto *quorum bonorum,* el interdicto posesorio, y el Salviano.

INTERDICTO QUORUM BONORUM.—El derecho pretoriano creó este interdicto en favor de los sucesores del *de cujus,* a quienes el mismo derecho honorario llamaba a la herencia,aun cuando no lo fueran según el derecho civil, a fin de que los dichos herederos obtuviesen la posesión jurídica de los objetos corporales que pudiese haber en la herencia. Y era que sucedía a veces que, muerto el *de cujus,* uno o muchos herede-

ros, con razón o sin ella, a veces de buena fe y sin la cual otras, se apoderaban de los bienes que componían la herencia. Contra ellos, a quienes el derecho romano calificaba de poseedores *pro haerede,* procedía el referido interdicto, por el cual, como antes dijimos, el heredero pretoriano entraba en posesión legal de los bienes corporales de la herencia, con exclusión naturalmente, por no estar comprendidos en ellos, los créditos hereditarios. Era por este medio como el hijo emancipado, a quien el derecho honorario llamaba a la herencia con preferencia a los agnados del *de cujus,* obtenía la posesión de los citados bienes hereditarios que el agnado retenía, invocando su título de heredero civil. Procedía igualmente el referido interdicto contra aquellos a quienes el mismo derecho romano llamaba *pro possessores,* porque en realidad no podían aducir ningún motivo legal que sirviera de base a su posesión.

INTERDICTO POSSESSORIUM.—Sabemos que el derecho romano asimilaba el *emptor bonorum* a un verdadero sucesor; pero la adjudicación que seguía al remate de los bienes no le daba sino la posesión *in bonis,* que era insuficiente para usucapir la herencia. No podía el *emptor bonorum* acudir a la acción publiciana, porque ésta no amparaba sino al que estando en vías de usucapir perdía la posesión, y de aquí el inter-

dicto possessorio que, al darle la posesión jurídica, lo colocaba en vías de usucapir los bienes. [1]

Interdicto salviano.—El interdicto Salviano estuvo destinado, en su principio, a alcanzar los mismos fines que hemos analizado cuando hablamos en el lugar correspondiente de la evolución de la prenda y de la acción Serviana. [2] Por su medio, lograba el arrendador de un fundo rural que se le pusiese en posesión de los objetos que el arrendatario había llevado al fundo, y que le servían de prenda tácita para asegurarle la paga de las pensiones de arrendamiento, cuando ese arrendatario había transportado a otro sitio esos mismos objetos. Algunos autores tienden a establecer diferencias entre el referido interdicto y la nombrada acción, no sólo desde el punto de vista de la naturaleza distinta de ambas acciones en cuanto al modo de tramitárselas, sino en el sentido de que por medio del interdicto Salviano obtenía el arrendatario un privilegio sobre cualesquiera otros acreedores a

---

(1) El derecho venezolano reconocía antes el interdicto posesorio del cual podía usar el heredero para hacerse poner en posesión de los bienes de la herencia. Pero en la actualidad está suprimido. El legislador se ha contentado con mantener las reglas que contiene el ya mencionado artículo 769 del Código Civil, de que la posesión continúa de derecho en la persona del sucesor a título universal, y que respecto del sucesor a título particular puede unir a su propia posesión la de su causante, para invocar sus efectos y gozar de ellos. Partiendo de esta base de la continuación de posesión jurídica *ipso jure,* le ha dejado al heredero solamente el derecho de poder ser amparado en la posesión hereditaria, o el de que se restituya la misma, como lo dispone el artículo 600 del Código de Procedimiento Civil.

(2) Tomo II, pág. 283.

quienes el mismo arrendatario les hubiera hipotecado dichas cosas; pero esto último no pasa de ser pura hipótesis. (3)

### INTERDICTOS RETINENDAE POSSESSIONIS

Entendían los romanos por esta clase de interdictos, como ya se notó, los que tenían el objeto de asegurarle al poseedor el goce pacífico de su cosa, poniendo a cubierto esa posesión de cualesquiera perturbaciones emanadas de un tercero. Las dos principales acciones interdictales de esta clase eran el interdicto *uti possidetis* y el interdicto *utrubi.* El primero se refería, únicamente, a la posesión de las cosas inmuebles: el segundo, a la de las cosas muebles, y a ambos se los llamaba dobles o mixtos, porque las partes tenían el doble carácter de demandante y demandado, y porque el Magistrado se dirigía a ambas para discutir cuál de ellas era la que tenía la posesión que amparaban ambos interdictos. Desde luego que era sólo la posesión con intención de dominio o ánimo de señorío, la que podía

---

(3) Debe tenerse en cuenta que a la lista de los interdictos *adipiscendae* que quedan analizados, podrían agregarse el interdicto *sectorium,* el *quod legatorum* y el *quo itinere.* El primero tenía el mismo objeto del posesorio, cuando se trataba de los bienes que se sacaban a pública subasta por cuenta del Estado. El segundo correspondía al legatario para entrar en la posesión de la cosa legada. Y el tercero obedecía a una peculiaridad del derecho romano respecto de la servidumbre de paso, cuando ésta consistía en un camino que constituía una posesión concreta y especial. De aquí que cuando el fundo pasaba a otras manos, el comprador se hacía dar la posesión anterior, que tenía el vendedor, y así entraba en el ejercicio activo de su servidumbre de paso. (Véase Bonjean, obra citada, tomo II).

justificar el empleo de una acción interdictal en Roma, no valiendo naturalmente ni la posesión precaria, en que se poseía por otro o a nombre de otro, ni la simple detención; pero cuando el *corpus* y el *animus* concurrían, estaba expedita la vía del interdicto. En el caso concreto del *interdicto uti possidetis* se requería, además, que la posesión del poseedor que intentaba el interdicto, tuviera tres condiciones respecto de la contraparte y así se decía, como lo vimos al examinar la posesión, que se poseyese *nec clam, nec vi, nec precario ad adversario.* De manera que si del litigio, breve y sumario en examen, resultaba que el poseedor poseía públicamente a los ojos de todos, o sea, sin clandestinidad, *(nec clam);* que su posesión no había sido adquirida por medio de la fuerza, *(nec vi);* que poseía por sí y para sí con intención de dueño, sin precaridad, *(nec precario);* y por último, que estas condiciones concurrían respecto de la contraparte, aun cuando la posesión hubiera podido haber sido arrebatada por la fuerza a un tercero que no fuera la persona contra quien iba dirigido el interdicto, el Pretor mantenía y hacía respetar tal posesión. Podía suceder, repetimos, que el origen de la posesión que daba causa al interdicto hubiera sido violenta respecto de un tercero que no estaba en causa: esta circunstancia no la tomaba en cuenta el Pretor, porque lo que él examinaba y apreciaba era el vicio que pudiera tener la posesión respecto del otro litigante, *ad adversario* que decía la ley.

Respecto del interdicto *utrubi*, la situación era más peculiar en el derecho romano, porque la posesión que se amparaba no era la actual que protegía el *uti possidetis*, sino la que había durado más durante el año que precedía al litigio. En realidad, pues, lo que pasaba con el referido interdicto era que se fingía una posesión actual que le aseguraba el triunfo al litigante según que hubiera durado más en el lapso del año a que nos hemos referido, y era esta posesión la que mantenía la decisión del Pretor, por lo cual el interdicto *utrubi* guardó siempre en el derecho romano su carácter de interdicto *retinendae possessionis*. En el derecho bizantino no había ya necesidad de recurrir a esta ficción, y ambos interdictos amparaban la posesión actual.

Debemos decir, por último, que el empleo de ambos interdictos fué extendido a los casos en que, de acuerdo con la teoría romana, no había posesión propiamente dicha, sino cuasi-posesión, como pasaba en los casos de servidumbres personales. Respecto de las servidumbres reales, existía el *uti possidetis*, dado útilmente, y lo mismo respecto de las afirmativas, el interdicto especial *de superficiebus*, que era el mismo *uti possidetis*, concedido útilmente. [4]

---

(4) Además de estos interdictos, que eran los más notados, existían otros interdictos *retinendae possessionis* como eran: el *de itinere actuque privato*, para distinguirlo de los que estaban destinados a los caminos públicos que eran propiedad del Estado; el interdicto de *aqua cottidiana et aestiva* según se tratara de un curso de agua,

### INTERDICTOS RECUPERANDAE POSSESSIONIS

Así como las acciones interdictales que hemos examinado, tenían por objeto evitar que se turbara el goce pacífico de las cosas de que se estaba en posesión, los interdictos que pasamos ahora a examinar tenían por objeto recuperar una posesión que otro había arrebatado, y que se había perdido desde luego. Los romanos crearon a este efecto varios interdictos, entre otros el interdicto *unde vi*. Como lo está indicando su nombre, se recuperaba por él la posesión de que otro se había apoderado empleando la violencia, que bien podía ir acompañada del empleo de las armas y ser *atrox* como ellos decían, o bien podía ser sin el empleo de aquéllas, pero siempre la obra de una expulsión, de una presión, material o moral, contra el poseedor a quien amparaba el interdicto en examen. Desde luego que para que pudiera darse el interdicto contra el autor de la violencia, se requería que el despojado hubiese tenido la posesión jurídica de la cosa en el momento en que aquélla se ejercía, a lo cual debía agregarse, como elemento esencial, un despojo completo o total

---

o sea una servidumbre de acueducto que corriera todo el año o sólo en el verano que había precedido a la época en que se lo intentaba; el interdicto de *rivis* para proteger las aguas de un río que pertenecían privativamente a alguna persona; de manera que el propietario del predio donde se estuviera limpiando el cauce de estas aguas no tenía sino la acción negativa para impedirlo, caso de considerar que su predio no debía la servidumbre. También podrían incluirse los interdictos de *fonte* y otros más. (Véase Bonjean, obra y tomo citados, y también Gómez de la Serna, obra citada, tomo II).

de la cosa, que evitara toda duda respecto de si se trataba de una simple perturbación, que no estaba amparada como lo hemos visto sino por otra clase de interdictos. En el caso del interdicto *unde vi* la persona del poseedor entraba por mucho, más que la cosa misma, que era el objeto mediato del despojo, porque se exigía que la violencia fuera de un carácter tal que el poseedor, contra su querer, contra su voluntad firme de seguir poseyendo, se viera obligado a hacer abandono de su cosa, protestando contra el despojo, y no tolerándolo, o bien que para evitar un mal mayor de rechazar la fuerza con la fuerza, se decidiera a acudir a las vías de la justicia, que armaba su derecho posesorio con el citado interdicto. Bien podía suceder que el despojador no hubiera intervenido directa ni personalmente en la violencia, sino instigando a otros o enviando a otros de su orden: ésto no importaba, porque el interdicto procedía contra él, como era natural. Lo que si se exigía, esencialmente, era que se tratara de inmuebles, al menos durante un largo período del derecho romano, porque para los muebles había el interdicto *utribi,* y además la acción de hurto, la *vi bonorum raptorum* y la acción *ad exibendum.*

Al hacerse uso, naturalmente, del interdicto *utrubi* y antes de que el *unde vi* pudiera haberse aplicado también a los muebles, como pudo haber pasado, debía apresurarse el poseedor despojado a intentarlo lo más

pronto posible, a fin de que la mayor parte del tiempo de la posesión en el año que precedía al intentarlo fuera un elemento decisivo en su favor, lo cual no se tomaba en cuenta, desde luego, cuando la acción se intentaba contra el autor de la violencia, a cuya posesión le faltaba el elemento de pacífica, *(nec vi)*, que requería la doctrina jurídica en el particular. Podía desde luego el poseedor, contra quien se había intentado el interdicto *unde vi*, alegar que respecto de él era también viciosa la posesión del actor, y probado ésto en el juicio, vencía él en la acción. Pero requeríase para ello que no hubiera empleado actos de violencia armada para recuperar su posesión, porque el derecho romano, para asegurar el imperio de la justicia ejercida por el Estado, era muy severo en este caso contra los que habían transgredido el principio, condenándolos de antemano a no salir victoriosos en la acción. Dentro del año en que se había experimentado la expulsión debía intentarse el interdicto *recuperandae possessionis*, pero en los casos de expulsión a mano armada, o cuando la violencia no sólo había alcanzado al poseedor sino a los que él tenía en el inmueble, entonces la acción podía intentarse pasado el año del despojo. Respecto de cuanto había sido provecho para el

demandado, privaba la misma regla de la extensión del plazo, para el ejercicio de la acción. [5]

Al lado de los interdictos que quedan analizados, existía también el interdicto de precario, que tenía por objeto obtener la restitución de las cosas que se habían dado mediante la convención que llamaba *precarium* el derecho romano, para el caso en que la persona que debía restituir, al primer requerimiento del poseedor, las cosas que éste le había confiado, se negase a restituirlas. Parece que originariamente el interdicto en cuestión no se aplicó sino a los inmuebles, y señaladamente para el caso en que los patricios reclamaban de sus clientes las tierras del *ager publicus,* que los primeros habían confiado al cuidado y cultivo de los dichos clientes, pero que más tarde fué extensivo su empleo a los fundos privados. En un principio también no se le aplicaba el referido interdicto sino a los inmuebles, pero más tarde fué extendido su uso también a los muebles, llegándose a darlo también contra el heredero. En definitiva, el citado contrato de *precarium,* como todas las convenciones análogas, estaba garantizado con la *prescriptis verbis.* Existía también el interdicto de *clandestina possessione* mencionado por

(5) Para una amplia exposición acerca de estos interdictos en el derecho romano, principalmente respecto del *uti possidetis,* del *utrubi,* y del *unde vi,* además de las dos notables obras últimamente citadas, puede consultarse la excelente obra de Accarias, tantas veces mencionada, tomo II.

Ulpiano, dado según parece cuando se le había quitado con clandestinidad la posesión a alguno, interdicto éste que debió caer en desuso cuando se reconoció el principio de que no se perdía la posesión de los inmuebles, cuando se estaba ausente, desde que aquélla se había verificado, sino desde que se la descubría.

### INTERDICTOS TAM ADIPISCENDI QUAM RECUPERANDAE POSSESSIONIS

Como lo está indicando la expresión, había también en Roma una clase de interdictos que gozaba de la doble naturaleza jurídica de ser amparadores y restiturios de la posesión. Se daba el caso, por ejemplo, que cuando se demandaba a alguno la restitución de un cuerpo cierto que formaba parte de una herencia, o se le demandaba la restitución de todos los objetos que la componían, el demandado que quería quedar en posesión de las cosas demandadas debía prestar la caución *judicatum solvi* en favor del demandante. De aquí el interdicto para el caso en que el demandado no quisiese o no pudiese prestar dicha fianza, y por el cual el demandante se hacía entregar la posesión de aquellas cosas. Podía suceder que el demandante que había obtenido la posesión por medio del interdicto, la hubiera tenido antes y la hubiera perdido después, y en este caso el interdicto en cuestión tenía todo el ca-

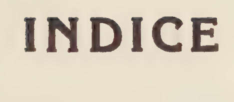
rácter de un interdicto *recuperandae possessionis;* podía suceder igualmente que no hubiera tenido antes dicha posesión, y en esta hipótesis el interdicto tenía entonces el carácter de *adipiscendi possessionis.* La no existencio de ejemplos de esta clase de interdictos en la recopilación de Justiniano, pero de los que se tenía noticia por el jurisconsulto Paulo, dió ocasión a que se pensase en su no existencia en el derecho romano, pero el descubrimiento de los *fragmenta vaticana,* le ha dado definitivamente la razón al citado jurisconsulto. (6)

---

(6) El derecho venezolano, siguiendo en sus líneas generales los mismos principios que aconsejaron en Roma la necesidad de las acciones breves y sumarias llamadas interdictos, ha admitido tanto los interdictos posesorios como los prohibitivos. El artículo 770 del Código Civil estatuye: que quien se encuentre por más de un año en la posesión legítima de un inmueble, de un derecho real, o de una universalidad de muebles, y es perturbado en ella, puede dentro del año, a contar desde la perturbación, pedir que se le mantenga en dicha posesión. Este es el interdicto llamado de amparo. Habíase discutido mucho si el arrendatario podía intentar este interdicto, pero hoy está fuera de toda duda que sí puede hacerlo, pues el único aparte del mismo artículo categóricamente establece que el arrendatario puede intentar esta acción en nombre y en interés del arrendador, a quien le es facultativo intervenir en el juicio. (Puede consultarse: doctor José Santiago Rodríguez: "Los interdictos para retener y recobrar la posesión en el Derecho Venezolano"). Respecto del interdicto de despojo, el artículo 771 del mismo Código establece: que quien haya sido violenta o clandestinamente despojado de la posesión, cualquiera que ella sea, de una cosa mueble o inmueble, puede dentro del año del despojo, pedir contra el autor de él, que se le restituya en la posesión. De manera que en este interdicto de despojo no se exige que se tenga la posesión legítima para poderlo intentar, lo cual sí es una condición indispensable para el interdicto de amparo, excepción hecha del caso del arrendatario a quien se lo autoriza expresamente, como fué observado, para intentar la acción en nombre y en interés de arrendador quien queda en libertad de

intervenir o no en el juicio. Al lado de estos interdictos existe el de obra nueva, que puede intentarse por quien tenga razón para temer que una obra nueva emprendida por otro, sea en su propio suelo, sea en suelo ajeno, cause perjuicio a un inmueble, a un derecho real o a otro objeto poseído por él. La ley exige, para que proceda este interdicto, que la obra nueva no esté terminada, y que no haya trascurrido un año desde su principio, que es también la misma condición que se exige para las otras acciones interdictales mencionadas: (artículo 774, mismo Código). Respecto de quien tuviere motivo racional para temer que un edificio, un árbol o cualquier otro objeto amenace con daño próximo un predio u otro objeto poseído por él, tendrá derecho de denunciarlo al Juez y de obtener, según las circunstancias, que se tomen las medidas conducentes a evitar el peligro, o que se intime al interesado la obligación de dar caución por los daños posibles: (artículo 775, mismo Código). Por lo demás, el Código de Procedimiento Civil, (artículos 594 y siguientes), contiene todos los trámites que deben seguirse en esta clase de acciones. (Véase la interesante monografía de Federico March: "Interdictos en el derecho romano. Interdictos en el derecho venezolano"). Es de advertir que en la actualidad el texto de las disposiciones legales que se refieren a las acciones interdictales en nuestro derecho venezolano, es el copiado en esta nota.

FIN DEL TOMO SEGUNDO Y ULTIMO


INDICE

# INDICE

## LIBRO SEGUNDO (Continuación)

### CAPITULO XV



### CAPITULO XVI



### CAPITULO XVII



### CAPITULO XVIII



### CAPITULO XIX



### CAPITULO XX



### CAPITULO XXI



### CAPITULO XXII

## LIBRO TERCERO

Pág.

### CAPITULO I

*Obligaciones*



### CAPITULO II



### CAPITULO III



### CAPITULO IV



### CAPITULO V



### CAPITULO VI

*División de los contratos*



### CAPITULO VII

*Contratos reales*



### CAPITULO VIII

*Contratos reales. (Continuación)*



### CAPITULO IX

*Contratos consensuales*



### CAPITULO X

*Contratos consensuales. (Continuación)*



### CAPITULO XI

*Contratos consensuales. (Continuación)*



### CAPITULO XII

*Contratos consensuales. (Continuación)*

Pág.